

Salvatorische Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen-Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Rolf Kasselmann
aus Hagen a. T. W.

1986

Salvatorische Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen-Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Rolf Kassermann
aus Hagen a. T. W.

1986

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Battes

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Dörner

Dekan: Prof. Dr. Dr. Bleckmann

Tag der mündlichen Prüfung: 23.01.1986

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
A) Problemstellung	5
B) Problemlösungsmöglichkeiten	9
I. Teilweise Aufrechterhaltung des Regelungsgehalts einer Klausel von Amts wegen	9
1. Restriktive, an § 242 BGB orientierte Auslegung	9
2. Umdeutung nach § 140 BGB	13
3. Geltungserhaltende Reduktion	16
4. Uneingeschränkte Unwirksamkeit, aber Zulassung ergänzender Vertragsauslegung im Rahmen der Lückenausfüllung	24
II. Zurückhaltende Vertragsgestaltung	28
III. Geteilte Klauseln	29
IV. Salvatorische Klauseln	37
1. Begriff und Bedeutung	37
2. Abgrenzung salvatorischer Klauseln von den Anpassungsklauseln	44
3. Typen salvatorischer Klauseln	46
a) Teilnichtigkeitsklauseln	46
b) Ersetzungsklauseln	51
c) Gesetzesverweisende Klauseln	52
4. Wirkungen, Rechtsnatur und Ansprüche aufgrund salvatorischer Klauseln	52
a) Ersetzungsklauseln	52
aa) Ersetzung durch eine Vertragspartei (Typ 1)	55
bb) Ersetzung durch einen Dritten (Typ 2)	61
cc) Ersetzung durch beide Vertragsparteien (Typ 3)	62

	Seite
dd) Reduktionsklauseln (Typ 4)	66
ee) Konkrete Ersatzbestimmungen (Typ 5)	67
b) Gesetzesverweisende Klauseln	67
5. Einbeziehung salvatorischer Klauseln in den Vertrag	69
a) Möglichkeit zumutbarer Kenntnis- nahme gem. § 2 I Ziff. 2 AGBG	69
aa) Ersetzungsklauseln	70
bb) Gesetzesverweisende Klauseln	75
b) Salvatorische Klauseln als über- raschende Klauseln gem. § 3 AGBG	83
aa) Grundsatz	84
bb) Ausnahmen	87
6. Materiell-rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit salvatorischer Klauseln	89
a) Zwingender Charakter des § 6 II AGBG	89
b) Unangemessenheit salvatorischer Klauseln gem. § 9 AGBG	95
aa) Abweichung von wesentlichen Grund- gedanken der gesetzlichen Rege- lung (§ 9 II Ziff. 1 AGBG)	96
(1) Grundgedanke des § 6 II AGBG	96
(2) Der Bestimmtheitsgrundsatz	102
(a) Ersetzungsklauseln	102
(b) Gesetzesverweisende Klauseln	105
bb) Unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners (§ 9 I AGBG)	107
(1) Pauschale Meistbegünstigung des Verwenders bei gesetz- esverweisenden Klauseln	107

	Seite
(2) Doppelte Inanspruchnahme der einseitigen Vertragsgestaltungsbefugnis durch den Verwender bei Ersetzungsklauseln	111
(3) Zu weitreichende Überantwortung in den Einflußbereich des Verwenders bei Ersetzungsklauseln	113
(a) Vergleichbare Problematik bei § 10 Ziff. 4 AGBG	114
(b) Vergleichbare Problematik bei Leistungsbestimmungsrechten	116
c) Salvatorische Klauseln als Mittel zur Umgehung von Schutzvorschriften gem. § 7 AGBG	120
d) Salvatorische Klauseln und die Unklarheitenregel des § 5 AGBG	125
e) Salvatorische Klauseln und § 138 BGB	126
aa) Sittenwidrigkeit salvatorischer Klauseln	126
bb) Anwendbarkeit von Ersetzungsklauseln auf sittenwidrige Vertragsbestimmungen	128
7. Die Ersatzregelungen	130
a) Rechtscharakter	130
b) Inhaltliche Anforderungen	132
aa) Notwendigkeit besonderer Anforderungen	132
bb) Anwendung der §§ 315 ff BGB	132
cc) Analoge Anwendung des AGBG	135

	Seite
8. Ersetzungsklauseln als Individualabreden	137
9. Auslegungsfragen	142
a) Zu eng gefaßter Anwendungsbereich bei Ersetzungsklauseln	142
b) Die wirtschaftliche Funktion der unwirksamen Vertragsbestimmung als maßgeblicher Orientierungspunkt bei der Auslegung von Ersetzungsklauseln	144
c) Einheitliche Auslegung bei gesetzessverweisenden Klauseln	145
d) Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt bei gesetzessverweisenden Klauseln	146
e) Extensive Auslegung bei Reduktionsklauseln	147
f) Fehlende Benennung des Bestimmungsberechtigten	148
10. Salvatorische Klauseln im kaufmännischen Geschäftsverkehr	149
11. Prozessuale Probleme	154
a) Klageart	154
b) Bestimmtheit des Klageantrags	156
C) Zusammenfassung der Ergebnisse	158
Abkürzungsverzeichnis	160
Literaturverzeichnis	163

A) Problemstellung

Die Auswirkungen der Teilunwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) sind für den Verwender wegen der Vielzahl der betroffenen Fälle regelmäßig gravierend.¹⁾ Wenn eine Bestimmung in AGB nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam ist, bleibt der Vertrag gem. § 6 I AGBG im übrigen wirksam. Nach § 6 II AGBG tritt dann die gesetzliche Regelung an die Stelle der weggefallenen Bestimmung. Enthält das Gesetz keine geeigneten Ersatzregelungen, wie z. B. bei den gesetzlich nicht oder nur unvollständig geregelten Vertragstypen, kommt eine Lückenausfüllung nur noch nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung in Betracht.²⁾

-
- 1) Angenommen, es kämen auf einem bestimmten Markt jährlich 50.000 Verbrauchergeschäfte zustande, die sich auf 10 Unternehmen und 5.000 Verbraucher gleichmäßig verteilten. Wenn die Abwicklung dieser Geschäfte mit einem Risiko verbunden ist, das sich mit der Wahrscheinlichkeit von 1 : 100 verwirklicht und im Falle der Verwirklichung für den jeweiligen Risikoträger zu einem Vermögensnachteil von 200 DM führt, so würden dem Unternehmer jährliche Aufwendungen von $\frac{50.000 \times 200}{10 \times 100}$ DM = 10.000 DM

drohen.

Würde das Risiko den Abnehmern aufgebürdet, beliefe sich für jeden einzelnen Verbraucher der ihm im Laufe des Jahres drohende Schaden auf nur $\frac{50.000 \times 200}{5.000 \times 100}$ DM = 20 DM.

(Beispiel bei Kötz, Gutachten, S. A 32 FN 51)

- 2) Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 6, Rdn. 9 / MK (Kötz) § 6, Rdn. 17 / Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 11 / Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 12 / Palandt (Heinrichs) § 6 Anm. 3 / Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 7 / Locher, S. 57.
A.A. Götz NJW 1978, 222⁴

An diesen so umgestalteten Vertrag bleiben die Parteien gem. § 6 III AGBG bis zur Grenze einer unzumutbaren Härte¹⁾ gebunden. Ist eine Individualabrede im Rahmen eines AGB-Vertrages unwirksam oder nicht Vertragsbestandteil geworden, wird gem. § 139 BGB im Zweifel das gesamte Rechtsgeschäft nichtig.²⁾

Diese Rechtsfolgen entsprechen keinesfalls immer dem wirklichen Parteiwillen und können zu einer erheblichen Störung des vertraglichen Interessenausgleichs führen. Besondere Härten können sich vor allem daraus ergeben, daß die gesamte Vertragsbestimmung von der Unwirksamkeitsfolge erfaßt wird und ihr Inhalt somit bis auf das Niveau der gesetzlichen Regelung "durchsackt". Die Aufrechterhaltung eines an sich nicht zu beanstandenden Teiles einer unwirksamen Vertragsbestimmung ist im Gesetz nicht vorgesehen.

Die nachfolgende Untersuchung befaßt sich mit der Frage, ob und ggf. wie der AGB-Verwender das Nichtigkeitserisiko bzw. das Risiko der Nichteinbeziehung beschränken kann. Diesbezüglich soll geprüft werden, ob und in welchem Umfang AGB-Klauseln vorsehen können, daß etwaige Vertragslücken abweichend von § 6 II AGBG geschlossen werden sollen. In die Überlegungen

1) § 6 II AGBG erfährt als Ausnahmenvorschrift zudem noch eine "enge Auslegung".
Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 13 / Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 6, Rdn. 10 / Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 23 / Schmidt-Salzer, Rdn. F 53 / OLG Nürnberg AGBE I § 6 Nr. 6

2) Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 8

werden auch Klauseln einbezogen, die durch die Art ihrer Formulierung darauf abzielen, diese Risiken von vornherein auszuschalten, indem sie sich nicht selbst auf bestimmte Sachaussagen zu regelungsbedürftigen Punkten festlegen, sondern auf außerhalb liegende Inhalte, wie beispielsweise das rechtlich "Noch-Zulässige", verweisen.

Solche sogenannten salvatorischen Klauseln¹⁾ könnten geeignet sein, die typischen Funktionen von AGB, nämlich die Rationalisierung und Risikoverlagerung,²⁾ zu intensivieren, indem mit ihrer Hilfe Vertragsstörungen entweder vermieden werden oder jedenfalls deren Auswirkungen für den Verwender besser kalkulierbar sind. Damit würde sich die "rechtliche Zuverlässigkeit" eines Klauselwerkes erhöhen lassen, ein Umstand, dem angesichts der fortschreitenden Komplizierung des Rechts eine besondere Bedeutung zukommt. Die technische Bewältigung der massenhaften Vertragsabwicklung und eine präzise Kalkulation sind für den Verwender nur möglich, wenn er auf der Grundlage zuverlässiger Vertragsmuster arbeiten kann.

1) Zur näheren begrifflichen Erläuterung siehe unten B IV 1.

2) Raiser, S. 21 f / Kötz, Gutachten, S. A 26 f / Regierungsbegründung BT-Drucks. 7/3919, S. 9

In Anbetracht der überragenden Bedeutung¹⁾ von AGB im heutigen Wirtschaftsleben ist eine Untersuchung salvatorischer Klauseln daher nicht nur von theoretischem, sondern auch von praktischem Interesse.

-
- 1) Neben der großen tatsächlichen Verbreitung von AGB (Rehbinder, S. 11 / Regierungsbe-
gründung BT-Drucks. 7/3919, S. 10) ist
insoweit auf die ständige Erweiterung des
Anwendungsbereichs des AGBG durch die
Rechtsprechung hinzuweisen. Ein aktuelles
Beispiel bilden die Urteile des BGH zur
Inhaltskontrolle notarieller Verträge
(BGH NJW 1979, 1406 und DNotZ 1982, 627.
Zustimmend OLG München NJW 1981, 2472 /
Garrn NJW 1980, 278 ff / Kramer ZHR 146,
114 f / Wiedemann FS Kummer, S. 175 ff.
Ablehnend Brambring/Schippel NJW 1979,
1802 ff / Göbel MittBayNot. 1979, 153 ff /
Jäger NJW 1979, 758 / Thomas DNotZ 1979,
746 ff / Ulmer DNotZ 1981, 84 ff und
1982, 587).

B) Problemlösungsmöglichkeiten

I. Teilweise Aufrechterhaltung des Regelungs- gehalts einer Klausel von Amts wegen

Es wäre denkbar, daß die Risiken der Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit von unangemessenen AGB bereits im Wege der Anwendung von allgemeinen Regeln der Rechtsordnung zufriedenstellend bewältigt werden könnten, so daß sich die Verwendung salvatorischer Klauseln erübrigen würde. Insoweit kommen die nachfolgend unter 1 bis 4 zu erörternden Rechtsfiguren in Betracht.

1. Restriktive, an Treu und Glauben orientierte Auslegung

Im Zusammenhang mit der Anwendung von AGB arbeitet die Rechtsprechung schon seit jeher mit dem sogenannten Restriktionsprinzip,¹⁾ demzufolge zu weitgehende Vertragsbestimmungen im Wege einer restriktiven, an § 242 BGB orientierten Auslegung auf ein nicht zu beanstandendes Maß zurückgeführt werden können.

Obwohl dieses Prinzip schon in römischen Quellen erwähnt wird,²⁾ § 915 des österrei-

1) BGH NJW 1957, 17 / 1964, 2059 / 1967, 1805 / 1970, 2210 / 1972, 1228 / 1974, 551 / 1975, 444 / 1976, 1934 / 1978, 261 / 1979, 2148 / 1981, 1363 / Zur älteren Rechtsprechung vgl. die Nachweise bei Raiser, S. 265 FN 1 und Naendrup, S. 110 FN 2

2) In dubio mitius; in dubiis benigniora (Gaius Dig. 50, 17, 56) - im Zweifel das Mildere, die wohlwollendere Interpretation.

chischen AGBGB es heute noch ausdrücklich zitiert¹⁾ und sich beispielsweise in § 6 II WG und § 9 II ScheckG auch in unserer Rechtsordnung kodifizierte Anwendungsfälle finden, ist seine Bedeutung im Rahmen der Anwendung von AGB umstritten. Die Unstimmigkeiten beginnen schon bei den tatbestandlichen Voraussetzungen. Nach Ulmer²⁾ und Sambuc³⁾ wendet die Rechtsprechung das Restriktionsprinzip an, ohne zuvor die objektive Unklarheit der betreffenden Vertragsbestimmung als Ergebnis der objektiven Auslegung festgestellt zu haben. In der Tat deuten einige Formulierungen in den Urteilen des Bundesgerichtshofs in diese Richtung. So heißt es beispielsweise in NJW 1974, 551: "Die Klausel ist eng und im Zweifel gegen den auszulegen, der sie abgefaßt hat."⁴⁾ Nach dieser Formulierung ist das Vorliegen eines Zweifelsfalles, d. h. ein Scheitern der objektiven Auslegung, zur Anwendung des Restriktionsprinzips nicht erforderlich.

Ein solches Vorgehen ist methodisch jedoch nicht haltbar, weil eine klare Vertragsbestimmung in ihrer inhaltlichen Aussage nicht durch juristische Kunstgriffe verändert werden darf. Dies gilt erst recht für die Auslegung, die ja gerade Sinnermittlung bedeutet. Die klassischen Ausle-

1) "Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§ 869)."

2) Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdn. 30

3) NJW 1981, 314

4) Ebenso BGH NJW 1970, 221

gungsregeln würden sich erübrigen, wenn das durch sie gewonnene Ergebnis mit Hilfe des Restriktionsprinzips revidiert werden könnte. Schließlich wären auch die Voraussetzungen und Grenzen eines so angewendeten Restriktionsprinzips völlig unklar und unbestimmt. Diesbezüglich ist zu Recht darauf hingewiesen worden,¹⁾ daß die Rechtsprechung in einigen Fällen eine Klauselrestriktion vorgenommen hat, in denen der Wortlaut eher eine weite Auslegung nahegelegt hätte.

Aus diesen Entscheidungen kann jedoch kein der Rechtsprechung insgesamt zugrunde liegendes methodisches Konzept abgeleitet werden; denn es finden sich auch andere Judizien, in denen ausdrücklich betont wird, daß die restriktive Auslegung erst "in Zweifelsfällen"²⁾ Platz greife.³⁾ Eine allgemeine Stellungnahme zu diesem Problem findet sich in der Rechtsprechung nicht.

Schon aus der Vielfalt der verwendeten Umschreibungen ergibt sich, daß insoweit allzu nachlässig formuliert worden ist. In Anbetracht der auf dem Gebiet der restriktiven Auslegung bestehenden methodischen Verwirrung haben die Gerichte wohl häufig bestimmte Wendungen aus älteren Urteilen unbesehen übernommen, um eine Auseinandersetzung mit der Problematik zu vermeiden. Die älteren Formulierungen stammen aber noch aus

1) Sambuc NJW 1981, 314

2) RG JW 1931, 2719 / RGZ 142, 383 / BGH NJW 1957, 17 / 1970, 2210

3) Mit den dort erwähnten "Zweifeln" sind wohl gerade diejenigen gemeint, die nach Durchführung der objektiven Auslegung verblieben sind.

einer Zeit, in der sich die offene Inhaltskontrolle noch nicht durchgesetzt hatte¹⁾ und die Gerichte in derartigen "Kunstgriffen" häufig den einzigen Ausweg für eine befriedigende Falllösung gesehen haben.

In Anbetracht dieser Unstimmigkeiten und mit Rücksicht auf die oben ausgeführten methodischen Überlegungen zur richtigen Anwendung des Restriktionsprinzips kann davon ausgegangen werden, daß auch²⁾ nach der Rechtsprechung die Anwendung des Prinzips der engen Auslegung die Feststellung einer objektiven Unklarheit der betreffenden Vertragsklausel voraussetzt.

Wegen dieses engen Anwendungsbereichs der restriktiven Auslegung reduziert sich ihre mögliche Bedeutung im Rahmen des hier zu erörternden Problems auf die Fälle unangemessener Vertragsklauseln, die auch nach umfassender objektiver Auslegung inhaltlich unklar bleiben.

Da somit nur noch ein geringer Bruchteil der hier interessierenden Fälle betroffen ist, kommt das Restriktionsprinzip als generelle Problemlösungsmöglichkeit nicht in Frage und

1) Vgl. dazu Raiser, S. 269 ff

2) Aus der Literatur: Knütel JR 1981, 223 / Erman (Hefermehl) § 5, Rdn. 7 / MK (Kötz) § 5, Rdn. 5 / Staudinger (Schlosser) § 5, Rdn. 17 / Wacke JA 1981, 668

soll hier deshalb in seiner Problematik¹⁾
nicht weiter verfolgt werden.

2. Umdeutung gem. § 140 BGB

In der Literatur ist vereinzelt vorgeschlagen worden, die teilweise Aufrechterhaltung des Regelungsgehalts einer AGB-Klausel über die Vorschrift des § 140 BGB zu versuchen.²⁾ Die vertragsrechtliche Anknüpfung des § 2 AGBG könne einen methodischen Ansatzpunkt dafür liefern, Streitfragen im Rahmen von AGB, die im AGBG selbst nicht anderweitig geregelt seien, nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Vorschriften zu entscheiden.³⁾

Diese Auffassung überzeugt jedoch nicht. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß hier allenfalls eine entsprechende Anwendung des § 140 BGB in Betracht käme, weil hier nicht die Unwirksamkeit eines

-
- 1) Umstritten ist hier insbesondere das Verhältnis zur Unklarheitenregel des § 5 AGBG. Vgl. dazu Sambuc NJW 1981, 313 ff / Wacke JA 1981, 666 / Lamsdorff ZIP 1981, 245 / Helm BB 1977, 1110 / Kümpel WM 1978, 971 / Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdn. 27 ff / Knütel JR 1981, 221 ff / Schmidt-Salzer Rdn. E. 51. Problematisch ist ferner die Gefahr einer verdeckten Inhaltskontrolle (dazu schon Raiser, S. 265 u. 267) und der Beeinträchtigung der Funktion des abstrakten Kontrollverfahrens nach §§ 13 ff AGBG (dazu MK (Kötz) § 5, Rdn. 7 und Knütel JR 1981, 225).
 - 2) Ebel DB 1979, 1974. Auch viele Bedingungswerke erwähnen den Begriff der Umdeutung ausdrücklich. Vgl. dazu das Urteil des LG Frankfurt vom 29.9.1980 - 26 O 280/80 - (n.v.) betreffend die AGB der Deutschen Olivetti GmbH, in denen es unter anderem heißt: "Die unwirksame Bestimmung ist vielmehr so umzudeuten, daß der mit ihr verfolgte Zweck, soweit gesetzlich zulässig, erreicht wird."
 - 3) Ebel a. a. O., FN 2

Rechtsgeschäfts, sondern nur die Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln in Frage steht. Aber auch eine analoge Anwendung des § 140 BGB ist ausgeschlossen; denn die rechtsgeschäftliche Grundlage der Einbeziehungsvereinbarung in § 2 AGBG beseitigt nicht den Strukturunterschied¹⁾ zwischen ausgehandelten Individualverträgen und einseitig vorformulierten Vertragsbedingungen. Bei letzteren ist die von § 140 BGB geforderte Rekonstruktion der beiderseitigen Willenslage nicht möglich, weil der Vertragspartner des Verwenders an der inhaltlichen Ausgestaltung eben nicht beteiligt war.

Ferner paßt die typische Problemstruktur des § 140 BGB nicht auf den Fall der teilunwirksamen AGB. Der Sinn und Zweck der Vorschrift besteht darin, den von den Parteien erstrebten wirtschaftlichen Erfolg auch dann zu verwirklichen, wenn das rechtliche Mittel, das sie gewählt haben, unzulässig ist, jedoch ein anderer rechtlich gangbarer Weg zur Verfügung steht, der zum annähernd gleichen wirtschaftlichen Ergebnis führt.²⁾ § 140 BGB bildet damit einen Anwendungsfall des Grundsatzes, dem Willen der Vertragspartner soweit wie möglich Geltung zu verschaffen. Dabei überwindet die Vorschrift jedoch nur einen Fehlgriff der Parteien in der Wahl des Gestaltungsmittels. Bei teilunwirksamen AGB geht es hingegen typischerweise darum, daß gerade der erstrebte wirtschaftliche Erfolg von der Rechtsordnung mißbilligt wird. In sol-

1) Dazu schon Fischer BB 1957, 484 / Schmidt JA 1980, 404

2) BGH DB 1977, 995 im Anschluß an Prot. I 262 f

chen Fällen darf nach ganz herrschender Meinung nicht umgedeutet werden.¹⁾ Ein korrigierender Eingriff müßte deshalb den wirtschaftlichen Gehalt der betreffenden Klauseln selbst rechtsgestaltend verändern, um die Übereinstimmung mit der Rechtsordnung herzustellen. Dies geht aber über die dem Richter in § 140 BGB übertragene Umdeutungsbefugnis hinaus.²⁾

Außerdem dürfte eine Anwendung des § 140 BGB häufig in Widerspruch zum Sinn und Zweck derjenigen Vorschriften stehen, die zur Nichtigkeit der AGB-Klauseln führen. Die gesetzlichen Bestimmungen wollen dem Verwender der AGB ein Nichtigkeitsrisiko auferlegen, welches durch die Anwendung des § 140 BGB entfallen könnte.³⁾ Eine Umdeutung darf aber keinesfalls dazu führen, den Zweck der Nichtigkeitsvorschrift zu durchkreuzen.⁴⁾

Schließlich spricht noch ein systematisches Argument dagegen, daß die Reduzierung einer AGB-Klausel auf einen Teil ihres Inhaltes eine Materie

1) BGH DB 1977, 996/ OVG Münster NJW 1981, 1329 / Larenz AT § 23 III / Flume § 32, 2 d / Palandt (Heinrichs) § 140 Anm. 2 a, ff / Erman (Brox) § 140, Rdn. 13 / Krampe JZ 1975, 574 und in "Die Konversion des Rechtsgeschäfts", S. 243 ff m.w.N.

2) Ulmer NJW 1981, 2027 / Allgemein zur rechtsgestaltenden Komponente der Umdeutung: BGHZ 19, 273 / Siller AcP 138, 148. A. A. Flume § 32, 9

3) Vgl. BGH NJW 1977, 1234 zur ähnlichen Problematik der Umdeutung bei Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit.

4) BGH NJW 1970, 429 / MK (Mayer-Maly) § 140, Rdn. 10 m. w. N.

des § 140 BGB ist; denn aus der Regelung der Umdeutung in einer eigenen Vorschrift ergibt sich, daß das BGB in einem bloßen Teil eines nichtigen Rechtsgeschäfts (vgl. § 139 BGB) nicht ein "anderes Geschäft" im Sinne des § 140 BGB erblickt.¹⁾

Die Vorschrift des § 140 BGB kann somit zur Problemlösung nicht beitragen.

3. Geltungserhaltende Reduktion

Schließlich bleibt zu erwägen, ob die Problematik unangemessener AGB durch eine Anwendung der Rechtsfigur der geltungserhaltenden Reduktion bewältigt werden kann.

Unter geltungserhaltender Reduktion versteht man die teilweise Aufrechterhaltung des Inhalts einer nichtigen oder aus sonstigen Gründen nicht Vertragsbestandteil gewordenen Klausel, die neben den zu beanstandenden Regelungsteilen auch einen angemessenen Kern enthält, der für sich genommen rechtlich unbedenklich ist.

Dabei muß der gesamte Klauseltext von der Unwirksamkeitsfolge erfaßt sein. Bezieht sich der rechtliche Mangel dagegen auf eine auch äußerlich abgrenzbare Passage der Vertragsbestimmung, handelt es sich um das Sonderproblem der bereits im vorformulierten Text geteilten Klauseln,²⁾ deren verbleibende Teilregelungsgehalte ohne einen rechts-

1) E. Schmidt JA 1980, 404

2) Vgl. dazu - insbesondere zur Frage der Teilbarkeit einer Vertragsbestimmung - unten B III.

gestaltenden Eingriff fortgelten können. Wenn eine Vertragsbestimmung beispielsweise aus zwei Halbsätzen besteht, von denen der erste eine angemessene und deshalb im Hinblick auf § 11 Nr. 5 a AGBG unbedenkliche Schadenspauschalierung enthält und der zweite unter Verstoß gegen § 11 Nr. 5 b AGBG den Nachweis abschneidet, daß ein Schaden überhaupt nicht entstanden sei, bleibt die Regelung des ersten Halbsatzes unwirksam, ohne daß ein Rückgriff auf das Gestaltungsmittel der geltungserhaltenden Reduktion erforderlich ist. Die unwirksame Passage fällt einfach weg.

Für die geltungserhaltende Reduktion müssen die Vertragsbestimmungen derart beschaffen sein, daß es eines richterlichen Gestaltungsaktes bedarf, um die unwirksame Bestimmung auf ihren nicht zu beanstandenden Kern zurückzuführen. So muß beispielsweise eine Vertragsbestimmung, die eine Vertragsstrafe "für jeden Fall der Pflichtverletzung" vorsieht, ggf. vom Richter aktiv umgestaltet werden, wenn sie den Einschränkungen des § 11 Nr. 6 AGBG gerecht werden soll. Das Maß der Reduzierung richtet sich dabei nach dem gerade "Noch-Angemessenen" und orientiert sich damit an dem vorgefundenen vertraglichen Interessenausgleich und nicht am dispositiven Recht.¹⁾

Obwohl die Teilbarkeit des Inhalts von Vertragsklauseln in diesem Sinne nicht selten zu bejahen ist und auch die Ermittlung des noch angemesse-

1) Nach Ulmer NJW 1981, 2027 handelt es sich insoweit allerdings nicht um ein sachimmanentes Erfordernis der geltungserhaltenden Reduktion.

nen Kerngehalts der betroffenen AGB in der Regel keine Schwierigkeiten bereitet,¹⁾ wird ein solches Verfahren von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ abgelehnt. Dieser Auffassung ist zuzustimmen:

-
- 1) Ulmer a. a. O., S. 17, FN 1
 - 2) BGH NJW 1982, 2309 f u. 1983, 1320 für das Unterlassungsverfahren nach § 13 AGBG sowie 1984, 49 für den Individualprozeß / OLG Düsseldorf BB 1980, 388 / OLG Frankfurt NJW 1981, 130 / OLG Hamm NJW 1981, 1050 / OLG Stuttgart BB 1979, 1468 und Urteil v. 19. 10. 1984 - 2 U 39/84 - (n.v.) / OLG Karlsruhe NJW 1981, 497 / OLG Köln ZIP 1980, 983. A. A. OLG Frankfurt NJW 1981, 2761 f / OLG München NJW 1981, 1963 / LG Hannover BB 1981, 324
 - 3) Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 12 u. 16 / Dietlein/Rebmann § 6, Rdn. 3 / Palandt (Heinrichs) § 6, Anm. 2 b / Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 8 / Koch/Stübing § 9, Rdn. 36 / Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 23 ff / Bunte NJW 1981, 2661 und ZIP 1983, 766 / Hensen JA 1981, 137 / Knütel JR 1981, 221 ff / Löwe BB 1982, 153 / Micklitz NJW 1981, 408 / Schmidt JA 1980, 404 ff / Strobel BB 1981, 1424 / v. Westphalen DB 1977, 1687 / Larenz AT § 29 a III d / Reinel, S. 44 / Lindacher BB 1983, 154 ff / derselbe in Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 12 ff / Sonnenschein NJW 1980, 1720. A. A. MK (Kötz) § 6, Rdn. 8 / derselbe in NJW 1979, 785 ff / Canaris NJW 1981, 255 / Garrn JA 1981, 154 f / Götz NJW 1978, 2224 ff / Kötz BB 1982, 645 / Johansson BB 1981, 733 f / Locher, S. 60 f / StudK (Lüderitz) § 9 AGBG, Anm. 3.
Differenzierend Hager, S. 63 ff

Die geltungserhaltende Reduktion ist zwar ein in vielen Bereichen des allgemeinen Zivilrechts verbreitetes, seit Jahrzehnten von der Rechtsprechung zur Vertragskorrektur eingesetztes Rechtsinstitut. Als typische Anwendungsfälle sei hier nur auf die Abkürzung übermäßig langer Vertragsbindungsfristen, z. B. in Bierlieferungsverträgen oder bei Makleralleinaufträgen, auf überhöhte, gegen Höchstpreisregelungen verstoßende Entgeltsvereinbarungen oder auf zu umfangreiche Sicherungszessionen hingewiesen.

Die dogmatische Verankerung des Rechtsinstituts steht jedoch auf recht "tönernen Füßen".¹⁾ Die in der Regel als Rechtsgrundlage bemühte analoge Anwendung des § 139 BGB²⁾ ermöglicht jedenfalls keine überzeugende dogmatische Ableitung. Die Vorschrift enthält lediglich eine Auslegungsregel für die bei Teilunwirksamkeit hinsichtlich des Rechtsgeschäfts eintretenden Folgen.³⁾ Sie verhält sich aber weder über den Eintritt und die Ursachen der Teilunwirksamkeit, noch beschäftigt sie sich mit dem Begriff der Teilbarkeit überhaupt.⁴⁾ Eine Ermächtigung zur geltungserhaltenden Reduktion kann ihr daher nicht entnommen werden.⁵⁾

Letztlich ausschlaggebend für eine Ablehnung der geltungserhaltenden Reduktion von AGB sind jedoch die folgenden AGB-spezifischen Bedenken:

1) Ulmer NJW 1981, 2028 / ausführlich Zimmermann, S. 30 ff, 60 ff und 177 ff

2) Z. B. BGH NJW 1979, 866

3) Ulmer NJW 1981, 2028 / Zimmermann, S. 60

4) Ulmer und Zimmermann, a. a. O., FN 3

5) So auch Ulmer, a. a. O., FN 3 m. w. N.

Der Wortlaut des AGBG (... sind unwirksam, wenn ... (§ 9), ... ist insbesondere unwirksam ... (§ 10), ... ist unwirksam ... (§ 11)) deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber von der Gesamtwirksamkeit derjenigen Vertragsbestimmungen ausgegangen ist, die in irgendeiner Weise gegen die §§ 9 bis 11 AGBG verstoßen. Es ist anzunehmen, daß die Möglichkeit geltungserhaltender Reduktion anderenfalls zumindest durch eine Formulierung wie beispielsweise "... unwirksam, soweit ..." zum Ausdruck gebracht worden wäre.

Ein weiterer tragender Gesichtspunkt ergibt sich aus der "Politik des AGBG".¹⁾ Dessen Zweck besteht vorrangig darin, auf einen angemessenen Inhalt der in der Kautelarpraxis verwendeten oder empfohlenen AGB hinzuwirken und dem Kunden die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihm aus den vorformulierten Vertragsbedingungen erwachsenden Rechte und Pflichten zu verschaffen.²⁾

Es wäre ein erheblicher Rückschritt auf diesem Weg, wenn durch die Zulassung der geltungserhaltenden Reduktion dem Verwender der AGB das Risiko der Gesamtwirksamkeit genommen würde und für ihn somit der Anreiz verloren ginge, selbst für die vom Gesetz angestrebte Bereinigung der AGB-Praxis zu sorgen.³⁾

1) Ulmer NJW 1981, 2028

2) Ulmer a. a. O., FN 1

3) So Ulmer a. a. O., FN 1 unter Berufung auf OLG Düsseldorf BB 1980, 388 und OLG Stuttgart BB 1979, 1468 / Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 16 / E. Schmidt JA 1980, 403.
A. A. Kötz NJW 1979, 788 / Götze NJW 1978, 2224 / Locher, S. 60

Schließlich wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dem Richter dürfe nicht zugemutet werden, sich in der Weise zum Sachwalter der Interessen des Verwenders zu machen, daß er dessen AGB soweit wie möglich aufrechterhält.¹⁾ Das gelegentlich geäußerte Gegenargument, der Richter vollziehe mit der Umgestaltung des Vertrages an den Grenzen der §§ 10 bis 11 AGBG nur das Gesetz,²⁾ überzeugt nicht, weil diese Vorschriften nicht zum Ausdruck bringen, daß die durch sie nicht berührten AGB einen angemessenen Interessenausgleich darstellen.³⁾ Sie begründen vielmehr nur Mindeststandards und verkörpern nicht etwa ein "Wunschprogramm" der Legislative. Zum anderen würde, darauf hat Ulmer⁴⁾ hingewiesen, ein Wertungswiderspruch auftreten, wenn man zwar im Rahmen der besonders schweren Verstöße gegen die §§ 10 und 11 AGBG eine Anpassung im Interesse des Verwenders vornehmen würde, nicht aber - mangels normativer Konkretisierung - im Bereich des § 9 AGBG.

Weitere Bedenken gegen die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion ergeben sich unter prozessualen Gesichtspunkten.⁵⁾ Vor allem

-
- 1) Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 16 / Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 23 / v. Westphalen WM 1980, 1414 / OLG Hamm NJW 1982, 283 f / OLG Düsseldorf BB 1980, 388 / OLG Stuttgart BB 1979, 1468
 - 2) Kötz NJW 1979, 789
 - 3) Schmidt JA 1980, 404 / Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 16
 - 4) NJW 1981, 2029
 - 5) Dazu vor allem Schmidt JA 1980, 405 f / Reinel, S. 93 ff und 123 ff / kritisch dazu Hager, S. 71 ff

die nach Art einer abstrakten Normenkontrolle konzipierte Verbandsklage nach §§ 13 ff AGBG sowie das System des AGB-Registers verlangen ein deutliches Ja oder Nein zur allgemeinen Wirksamkeit der einzelnen Klauseln und verbotenen Aussagen zur Angemessenheit im Einzelfall.¹⁾

Die Möglichkeit geltungserhaltender Reduktion könnte im Verbandsprozeß nicht ohne Auswirkungen auf den Klageantrag bleiben. Die klagenden Verbände müßten ihre Anträge von vornherein auf eine die AGB-Klausel im Verwenderinteresse reduzierende Unterlassungsverpflichtung stellen, um der Gefahr einer Teilabweisung mit entsprechender Kostenfolge zu entgehen, ein Vorgehen, das weder praktikabel noch dem im Interesse des Gemeinwohls klagenden Verband zumutbar ist.²⁾

Die sich bei einem solchen Klageantrag mit Rücksicht auf das Bestimmtheitsgebot ergebenden Formulierungsprobleme würden sich bei der Tenorierung wiederholen.³⁾ Auch die primäre Funktion des AGB-Registers, klare und allgemeinverständliche Auskünfte darüber zu geben, "was nirgendwo in AGB stehen darf",⁴⁾ würde in Frage gestellt.

Wegen der Vorschrift des § 21 AGBG gelten diese Bedenken sinngemäß auch für den Individualprozeß; denn die Erstreckung der Wirkungen eines Unterlassungsurteils auf den Individualprozeß spricht dafür, beide Klagearten soweit wie möglich gleich zu behandeln. Andernfalls wäre ent-

1) E. Schmidt JA 1980, 405

2) Ulmer NJW 1981, 2029

3) E. Schmidt, a. a. O., FN 1

4) E. Schmidt, a. a. O., FN 1

weder für die Position des Kunden im Individualprozeß danach zu unterscheiden, ob bereits ein Unterlassungsurteil hinsichtlich der fraglichen Klausel vorliegt und der Weg zur geltungserhaltenden Reduktion aus diesem Grunde versperrt ist, oder aber es müßte selbst bei Vorliegen eines uneingeschränkten Unterlassungsurteils - ggf. unter Rückgriff auf die eine Teilbarkeit anerkennenden Entscheidungsgründe - die geltungserhaltende Reduktion zugelassen werden.¹⁾

Nach alledem scheidet eine geltungserhaltende Reduktion als Mittel zur Aufrechterhaltung von nicht zu beanstandenden Teilregelungsgehalten allgemeiner Geschäftsbedingungen aus. Ausnahmen können insoweit weder für eine Übergangszeit²⁾ noch bei geringfügigen³⁾ oder zweifelhaften⁴⁾ Verstößen gemacht werden. Wie der von Befürwortern dieser Ausnahmetatbestände vorgetragene Hinweis auf ähnliche Überlegungen zu § 138 BGB⁵⁾ zeigt, beruht diese Ansicht auf dem unzutreffenden Verständnis der Unwirksamkeitsfolge als einer Art Strafsanktion für die schuldhaft unangemessene Ausgestaltung der AGB.⁶⁾ Nach richtiger Auffassung knüpft die Unwirksamkeitsfolge jedoch allein an den objektiven Verstoß der jeweiligen Klausel gegen das AGBG an.

1) Ulmer NJW 1981, 2029

2) A. A. v. Westphalen DB 1978, 71

3) A. A. Palandt (Heinrichs) Vorb. § 8, Anm. 3 b

4) A. A. Larenz AT § 29 III / Bunte AcP 181, 42

5) Vgl. die Bezugnahme bei Palandt a. a. O., FN 3 auf den Beitrag von Lindacher AcP 173, 124 ff

6) Ulmer NJW 1981, 2029 f / E. Schmidt JA 1980, 402 u. 406

Die Anerkennung der erwähnten Ausnahmetatbestände würde darüber hinaus zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit führen.

4. Uneingeschränkte Unwirksamkeit, aber Zulassung ergänzender Vertragsauslegung im Rahmen der Lückenausfüllung

Als letztes Mittel zur Eindämmung der Unwirksamkeitsfolgen bei AGB von Amts wegen kommt die ergänzende Vertragsauslegung im Rahmen der Lückenausfüllung in Betracht. Bei dieser am hypothetischen Parteiwillen orientierten richterlichen Ergänzung lückenhafter Verträge handelt es sich um ein Rechtsinstitut, das von der Rechtsprechung in Anlehnung an die Vorschrift des § 157 BGB entwickelt worden ist.¹⁾ Es diente anfänglich nur zur Schließung ursprünglicher, d. h. schon bei Vertragsschluß bestehender, jedoch unbemerkt gebliebener planwidriger Vertragslücken. Später wurde sein Anwendungsbereich dann auch auf solche Lücken ausgedehnt, die durch das Eingreifen einer Verbotsvorschrift oder durch eine Inhaltskontrolle nachträglich entstanden waren.²⁾

Gegen die Zulassung ergänzender Vertragsauslegung im Geltungsbereich des AGBG spricht der Wortlaut des § 6 II AGBG mit seiner Verweisung auf die "gesetzlichen Vorschriften", mit der nur die dispositiven Normen des Vertragsrechts in Bezug genommen sein dürften.³⁾ Die Bedeutung

1) Soergel (Knopp) § 157, Rdn. 99 ff / Erman (Hefermehl) § 157, Rdn. 16

2) Ulmer NJW 1981, 2030

3) Ulmer BB 1982, 1130 / Trinkner BB 1983, 1875.
A. A. BGH WM 1984, 310 / Bunte ZIP 1983, 767

dieses Wortlautarguments wird aber auf dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Vorschrift erheblich relativiert. So wollte der Rechtsausschuß des Bundestages die Verweisung in § 6 II AGBG bei den Beratungen auch im Sinne einer Bezugnahme auf § 157 BGB verstanden wissen.¹⁾ Wenn dem - wie Ulmer²⁾ meint - eine Vermengung inhaltlicher und methodischer Vorschriften zugrunde liegt, sprechen diese Unzulänglichkeiten dafür, dem Wortlautargument nur eine abgeschwächte Bedeutung beizumessen.

Außerdem verwies der Text der dem heutigen § 6 II AGBG entsprechenden Bestimmungen in den Entwürfen zum AGBG ursprünglich zur Lückenausfüllung auf die "Natur des Vertrages"³⁾ bzw. auf das "von der Verkehrsanschauung geprägte Leitbild"⁴⁾ und damit auf Inhalte außerhalb des normierten Gesetzesrechts. Ohne daß dem ersichtlich eine besondere Bedeutung beigemessen worden ist, sind diese Passagen im Zuge der Gesetzesberatungen gestrichen worden. Daß damit keine Absage an die ergänzende Vertragsauslegung verbunden sein sollte, bestätigt auch die Tatsache, daß sogar im Referentenkommentar⁵⁾ die Zulässigkeit ergänzender Vertragsauslegung ausdrücklich hervorgehoben wird. Die grundsätzliche Zulassung ergänzender Vertrags-

1) Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 7 / 5422, S. 5

2) NJW 1981, 2030

3) So § 5 des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 7 / 3919, S. 4

4) So § 10 II des Referentenentwurfs, DB 1974, Beilage Nr. 18, S. 3

5) Dietlein/Rebmann § 6, Rdn. 4

auslegung im Rahmen der Lückenausfüllung nach § 6 II AGBG entspricht auch heute der herrschenden Meinung.¹⁾

Zur Eindämmung der Unwirksamkeitsfolgen ist dieses Rechtsinstitut jedoch nur bedingt geeignet. So kann eine ergänzende Vertragsauslegung nur dann stattfinden, wenn sich aus dem Vertrag selbst oder den für seinen Abschluß typischerweise relevanten Umständen Anhaltspunkte für einen hypothetischen Parteiwillen feststellen lassen. Bleibt unklar, wie die Parteien selbst bei Kenntnis der Lücke die offene Frage geregelt haben würden, kommt eine ergänzende Auslegung nicht in Betracht.

Ferner verbleibt dem Richter ein Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob er die Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung für gegeben hält und wie er die Auslegung ggf. durchführt.²⁾ Die sich hieraus ergebenden Unwägbarkeiten können für den Verwender im Einzelfall gravierend sein.

1) BGH WM 1984, 310 / OLG München ZIP 1983, 837 / OLG Hamm ZIP 1983, 186 / Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AGBG vgl. BGH NJW 1970, 1596 / 1973, 1190 / 1977, 1338 / Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 35 ff / Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 12 / MK (Kötz) § 6, Rdn. 17 / Palandt (Heinrichs) § 6, Anm. 3 / Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 11 / Locher, S. 57 / Bechtold BB 1983, 1636 ff.
A. A. Götz NJW 1978, 2224 / Ulmer/Brandner/Hensen 3. Aufl. § 6, Rdn. 24 / Stein § 6, Rdn. 8.
Differenzierend Trinkner BB 1983, 1874 ff / Löwe BB 1983, 2014 f

2) H. Westermann, S. 143

Schließlich kommt eine ergänzende Vertragsauslegung nach allgemeiner Auffassung nur dann in Betracht, wenn das dispositive Recht keine passenden Ersatzbestimmungen bereithält und wenn nicht bereits der ersatzlose Wegfall der unwirksamen Klausel zu einem angemessenen Interessenausgleich führt.¹⁾ Diese Lösung des dispositiven Rechts muß aber keineswegs den individuellen Parteiinteressen entsprechen. Ein weiterer Mangel kann sich daraus ergeben, daß die ergänzende Auslegung AGB-typisch anhand eines objektiv-generalisierenden Maßstabes erfolgt und individuelle Parteiinteressen außer acht läßt.²⁾

Die größte Unzulänglichkeit der ergänzenden Vertragsauslegung dürfte aus der Sicht des Verwenders jedoch darin liegen, daß sie sich nicht an den Minimalanforderungen der Vorschriften des AGBG über die Inhaltskontrolle, sondern an einem ausgewogenen Interessenausgleich orientiert.

Letztlich sei noch darauf hingewiesen, daß nach einhelliger Ansicht für eine ergänzende Auslegung des durch die Inhaltskontrolle lückenhaft gewordenen Vertrages im abstrakten Unterlassungsverfahren nach §§ 13 ff AGBG kein Raum ist.³⁾

1) Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 35 / Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 12

2) Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 34 / MK (Kötz) § 5, Rdn. 11 / Palandt (Heinrichs) § 5, Anm. 3 und 4 b.
A. A. Staudinger (Schlosser) § 5, Rdn. 29

3) Statt vieler: Ulmer NJW 1981, 2030 FN 67

Auch die ergänzende Vertragsauslegung ist daher für eine Problemlösung nur beschränkt geeignet.

Als Zwischenergebnis kann somit festgestellt werden, daß den Risiken der Nichteinbeziehung und der Unwirksamkeit von unangemessenen AGB durch eine Anwendung der von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten allgemeinen Regeln nicht zufriedenstellend begegnet werden kann. Der Verwender ist deshalb allein auf die nachfolgend zu untersuchenden vertraglichen Gestaltungsmittel angewiesen.

II. Zurückhaltende Vertragsgestaltung

Die Risiken der Unwirksamkeit bzw. der Nichteinbeziehung von Vertragsbestimmungen können theoretisch durch die Vermeidung der gefährdeten Klauseln ausgeschlossen werden. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß die Gefahr der Nichtigkeit etc. überhaupt erkannt wird. Dies ist keineswegs immer einfach, weil es erfordert, die praktischen Auswirkungen der Klausel in jedem Anwendungsfall schon bei der abstrakten Formulierung im voraus zu überblicken. Zwar können entlegene Anwendungsfälle und Auslegungsvarianten bei der Überprüfung einer Vertragsbestimmung außer Betracht bleiben.¹⁾ Eine sichere Beurteilung der Wirksamkeit in jedem Einzelfall dürfte aber dennoch kaum möglich sein.

1) BGH DB 1980, 494 / OLG Stuttgart BB 1979, 1468 / OLG Karlsruhe WRP 1981, 477 f / Staudinger (Schlosser) § 5, Rdn. 7 / Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdn. 6 und § 9, Rdn. 31

Weiterhin bedeutet diese Lösung im Regelfall einen Verzicht auf die volle Ausnutzung rechtlicher Gestaltungsfreiräume. Dies ist für den Verwender unbefriedigend, weil seine vertragliche Position nicht im Rahmen der Rechtsordnung optimiert ist. Dadurch entgehen ihm möglicherweise erhebliche wirtschaftliche Vorteile. So gesehen, stellt die zurückhaltende Vertragsgestaltung nur eine Möglichkeit dar, dem Problem unter Preisgabe rechtlicher bzw. wirtschaftlicher Positionen des Verwenders auszuweichen. Die Suche nach geeigneten Lösungsmöglichkeiten bleibt daher angezeigt.

III. Geteilte Klauseln

Um ein zu weitgehendes Ausgreifen der Nichtigkeitsfolge auf an sich nicht zu beanstandende Teilregelungsgehalte eines Klauselwerks zu verhindern, besteht die Möglichkeit, eine entsprechend ausdifferenzierte Unterteilung im vorformulierten Text vorzunehmen. Es müßte dann für jeden Teilregelungsgehalt je eine isolierte Bestimmung formuliert werden, soweit dies im Rahmen des betroffenen Sachbereichs überhaupt möglich ist. Bei übermäßigen Fristen, Vertragslaufzeiten, Nutzungsvergütungen, Aufwendungsentschädigungen, Schadenspauschalen etc. ist es nämlich nicht denkbar, daß die Teile einer zergliederten Klausel selbständig nebeneinander stehen können.¹⁾ So ist es z. B. logisch nicht möglich, für die Annahme eines Angebotes mehrere verschiedene Fristen zu bestimmen. In anderen

1) Ulmer NJW 1981, 2032

Sachkomplexen erscheint eine Zergliederung aber durchaus denkbar. Beispielsweise könnte im Regelungsbereich "Haftungsbeschränkung" für jeden Grad von Fahrlässigkeit je eine Ausschlussklausel formuliert werden, die jeweils durch Gliederungspunkte systematisch und optisch voneinander abzugrenzen wären. Auch bei verschiedenen Rücktrittsgründen oder mehreren eine Vertragsstrafe auslösenden Umständen ist ein solches Verfahren durchaus denkbar.¹⁾

Innerhalb des jeweiligen Sachkomplexes fänden sich dann neben den unangemessenen auch angemessene Bestimmungen. Die besondere Problematik der richterlichen Gestaltungsbefugnis kann hier, anders als bei Instrumenten wie der geltungserhaltenden Reduktion oder der ergänzenden Vertragsauslegung, nicht auftreten. Insbesondere bestehen keine Schwierigkeiten, die in § 13 AGBG vorgesehene Unterlassungsverpflichtung im Urteilstenor auf die unangemessenen Klauselteile zu beschränken.²⁾

Grundsätzliche Bedenken gegen eine Aufteilung des Regelungsgehalts auf viele Einzelklauseln bestehen nicht. Es gibt insoweit auch keine "ungeschriebenen Schranken".³⁾ Vielmehr ist der auch dem AGBG zu entnehmende Grundsatz der freien Vertragsgestaltung zu beachten. Das AGBG

1) Ganz h. M. Statt vieler: Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 15 m. w. N.

2) Ulmer NJW 1981, 2032 / Staudinger (Schlosser) § 17, Rdn. 2 a / Ulmer/Brandner/Hensen § 17, Rdn. 14.
A. A. LG Berlin bei Hardieck BB 1979, 709 (unter 5.)

3) Ulmer NJW 1981, 2032

tritt nämlich dem Bestreben des Verwenders, seine Rechtsposition zu stärken, nicht pauschal entgegen, sondern versucht lediglich - wie die Klauselverbote der §§ 10 und 11 zeigen - den Auswüchsen solcher Risikoverlagerungen Grenzen zu setzen.¹⁾ Auch aus dem von Hensen²⁾ konstatierten, "psychologisch verständlichen Mißbehagen gegenüber einer peniblen Zergliederung von AGB-Klauseln in wirksame und unwirksame Teile" kann eine Beschränkung der Befugnisse des Verwenders nicht abgeleitet werden.

Die eigentliche Problematik liegt in der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Vertragsklausel in diesem Sinne teilbar ist bzw. wann ein abgrenzbarer und damit aufrechtzuerhaltender Teil einer Vertragsbestimmung vorliegt. Diese Frage führt zurück auf den Klauselbegriff des AGBG. Das Gesetz verwendet ihn in den Verbotskatalogen der §§ 9 bis 11 AGBG zwar nicht unmittelbar. Dort ist vielmehr von "Bestimmungen" oder "Vereinbarungen" die Rede (§ 10 Ziff. 3, 4 und 8 / § 11 Ziff. 5), oder es wird auf den Inhalt der Klausel direkt Bezug genommen (§ 11 Ziff. 7 und 12). Die "Klausel" ist aber ein im Vertragsrecht allgemein anerkannter Hilfsbegriff, der Teile vertraglicher Regelungen bezeichnet³⁾ und hier deshalb als Oberbegriff für die im AGBG verwendeten Formulierungen verstanden werden kann.

1) Ulmer a. a. O., S. 30, FN 3

2) JA 1981, 137

3) Köbler unter dem Stichwort "Klausel"

Der Gesetzeswortlaut besagt, daß eine Klausel (gänzlich) unwirksam ist, wenn sie den Anforderungen der §§ 9 bis 11 AGBG nicht entspricht, ohne dabei zu definieren, was unter einer "Bestimmung", "Vereinbarung" etc. zu verstehen ist.

"Klausel" kann nur ein Vertragsteil sein, dem ein eigenständiger Regelungsgehalt zukommt. Dieses Mindestanforderungsmerkmal ergibt sich daraus, daß erst bei einem bestimmbareren Inhalt eine Beurteilung anhand der im AGBG aufgestellten Maßstäbe erfolgen kann. Weitergehend stellt sich aber die Frage, ob bereits jeder einzelne Regelungsgehalt eines Vertrages je für sich als "Klausel" zu beurteilen ist oder ob weitere Anforderungen an die Art und Weise zu stellen sind, in der dieser Regelungsgehalt zum Ausdruck gebracht wird. Muß der einzelne Regelungsgehalt unter einem bestimmten selbständigen Gliederungspunkt des Vertragswerkes rubrizieren, muß auf ihn ein eigener Absatz, Satz oder Satzteil verwendet sein, oder reicht es aus, wenn ihm allein bestimmte Wendungen gewidmet sind, oder ist es gar genügend, daß er sich - neben anderen Regelungsgehalten - aus diesen Wendungen durch Auslegung entnehmen läßt?

Würde man letztere Version für zutreffend halten, bestünde beispielsweise eine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit aus 2 Klauseln, nämlich dem Ausschluß der Haftung bei leichter und einfacher Fahrlässigkeit, weil die Auslegung ergibt, daß die Haftung für beide Grade der Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein soll. Die "Klausel" wäre dann lediglich eine Kategorie zur inhaltlichen Unterteilung einer Regelung. Dieses Verständnis entspricht aber weder dem juristi-

schen noch dem allgemeinen Sprachgebrauch, wo mit dem Begriff immer auch eine gewisse äußere Gestalt bezeichnet wird. Da sich im AGBG keine abweichende Regelung findet und auch die Materialien zum AGBG keinen Anhaltspunkt geben, kann davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber den Begriff auch nicht anders verstanden wissen wollte.

Damit stellt sich die Frage, in welchem Maße die Regelung in Syntax und Gliederung des Vertrages verselbständigt sein muß, um als Klausel bezeichnet werden zu können. Darf die Haftungsbeschränkung - um beim vorerwähnten Beispiel zu bleiben - mit anderen Regelungen in einem Satz zusammengefaßt werden, oder ist eine weitergehende Verselbständigung notwendig?

Zwischen den einzelnen Stufen einer derartigen Verselbständigung ist ein qualitativer Unterschied nicht erkennbar, so daß eine Grenzziehung willkürlich erscheint. Überdies würde sie auch nicht zu sachgerechten Ergebnissen führen, weil es von Zufälligkeiten abhängt, wie die inhaltlichen Aussagen von AGB optisch angeordnet sind. Auch im Hinblick auf den Schutzzweck des AGBG wäre es nicht recht verständlich, wenn eine angemessene Gewährleistungsregelung und ein unbilliger Haftungsausschluß nur deshalb nicht getrennt beurteilt werden könnten, weil sie in einem Satz geregelt sind. Für den Begriff der Klausel sind deshalb keine Anforderungen an

Gliederung oder Syntax zu stellen.¹⁾

Zusammenfassend ergibt sich danach folgende Definition: "Klausel" ist jeder textlich abgrenzbare Teil eines Vertrages, dem ein eigener Regelungsgehalt zukommt. Dem ist aus Gründen der Logik hinzuzufügen, daß der übrigbleibende Text aus sich heraus verständlich sein muß und deshalb allein stehenbleiben kann.²⁾ Wäre der verbleibende Text unverständlich, bestünde an seiner Aufrechterhaltung kein Interesse; er wäre als Bestandteil der unwirksamen Teilregelung anzusehen und damit ebenfalls unwirksam.

Damit steht fest, daß sich auch aus dem Wortlaut der §§ 9 bis 11 AGBG keine Bedenken gegen eine Zergliederung von AGB herleiten lassen. Sofern für jeden Regelungsgehalt eine gesonderte Klausel formuliert wird, läßt sich die Nichtigkeitsfolge somit in engen Grenzen halten.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt E. Schmidt.³⁾ Er will sämtliche Bestimmungen als einheitliche Klausel verstehen, die der Regelung der einzelnen in den Ziffern und Alternativen der §§ 10 und 11 AGBG enthaltenen Sachpunkte dienen sollen,

1) So auch BGH NJW 1981, 119 und 1982, 181 / Ulmer NJW 1981, 2032. A. A. wohl LG Berlin bei Hardieck BB 1979, 709 (unter 5.); danach kann im Verfahren nach § 13 AGBG die Verwendung einzelner Worte eines Satzes nicht isoliert untersucht werden. / Niebling DAR 1981, 37

2) E. Schmidt JA 1980, 403 f / Palandt (Heinrichs) Vorb. zu § 8, Anm. 3 b / BGH NJW 1982, 178 f / OLG Stuttgart Urteil v. 19. 10. 1984 - 2 U 39/84 - (n.v.)

3) JA 1980, 402

um sich dann die Frage vorzulegen, ob bei Teilunwirksamkeit die Möglichkeit einer teilweisen Aufrechterhaltung besteht. Nach dieser Auffassung wären beispielsweise sämtliche Regelungen in AGB, die Rücktrittsrechte des Verwenders betreffen, ohne Rücksicht auf ihren Umfang oder Standort wegen § 10 Ziff. 3 AGBG als einheitliche Klausel anzusehen. Der durch die Ziffern und Alternativen dieser Vorschriften abgesteckte Sachzusammenhang bzw. Regelungsbereich hat jedoch einen recht formalen, von Zufälligkeiten bei der Formulierung des Gesetzes abhängigen Charakter.¹⁾ Außerdem ergeben sich bei einer derart eng an das AGBG angelehnten Begriffsbestimmung erhebliche Probleme bei den Regelungsbereichen, die nur von § 9 AGBG erfaßt werden, weil dort eine speziellere gesetzessystematische Zuordnung nicht möglich ist. Da sich auch aus der Entstehungsgeschichte des AGBG keine Anhaltspunkte für ein derart gesetzesspezifisches Verständnis des Klauselbegriffes ergeben, ist die Auffassung Schmidts abzulehnen.²⁾

Damit ist aber lediglich die prinzipielle Eignung des Instruments der Zergliederung von AGB für die Lösung des Nichtigkeitsproblems fest-

1) Ulmer NJW 1981, 2032

2) Ulmer a. a. O., FN 1

gestellt.¹⁾ In der praktischen Handhabung des Prinzips der geteilten Klauseln treten jedoch erhebliche Schwierigkeiten auf. Die Zergliederung läßt den Umfang des Klauselwerks anschwellen, so daß Übersichtlichkeit und Verständlichkeit verlorengehen können. Dies würde nach § 2 I Ziff. 2 AGBG ein Einbeziehungshindernis darstellen. Aus diesem Grund dürfte sich eine Zergliederung von vornherein nur bei einfach gelagerten Sachverhalten empfehlen. Das Verfahren der Zergliederung funktioniert ferner nur in den Bereichen, in denen die später auftretenden Rechtsprobleme im vorhinein erkannt werden. Für "neue Probleme" bietet es keine Lösung.

Schließlich würden zergliederte Klauselwerke verstärkt die Aufmerksamkeit der nach § 13 AGBG klagebefugten Verbände auf sich ziehen und da-

-
- 1) Insoweit besteht jedenfalls im Grundsatz auch Einigkeit (Palandt (Heinrichs) § 8 Anm. 3 b / Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 15 / Sonnenschein NJW 1980, 1720 / E. Schmidt JA 1980, 403 f / Ulmer NJW 1981, 2031 f / Bunte HB II G 1 / BGH NJW 1981, 119 / 1982, 181), obwohl manche Autoren im Einzelfall wiederum zu abweichenden Ergebnissen gelangen. So ist Lindacher (in Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 15) und im Ergebnis wohl auch Hager (S. 63 ff) der Auffassung, daß der Verwender, der in seinen AGB die Haftung "für grobe und leichte Fahrlässigkeit" von Hilfspersonen ausschließt, nicht besser gestellt werden könne als derjenige, der sich "für Fahrlässigkeit" seiner Leute freizeichnet. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen (so auch Sonnenschein NJW 1980, 1720). Dabei geht es nicht darum, "redaktorisches Kunstfertigkeit zu prämiieren" (Hager, S. 66), sondern um die Berücksichtigung materieller Unterschiede zwischen beiden Formulierungen. Die im Wortlaut zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit differenzierende Version kann durch bloßes Wegstreichen eines Bestandteils, d. h. ohne einen richterlichen Gestaltungsakt, aufrechterhalten werden und bietet zudem ein größeres Maß an Transparenz.

durch entsprechende Unterlassungsklagen provozieren.¹⁾ Letztlich ist auch ein psychologischer Effekt nicht zu unterschätzen. Extrem umfangreiche und zergliederte AGB sind nämlich geeignet, Mißtrauen zu erwecken und damit die Stellung des Verwenders im Konditionenwettbewerb zu verschlechtern.

Insgesamt gesehen ist damit auch die Zergliederung von AGB für eine Lösung des Problems nur bedingt geeignet.

IV. Salvatorische Klauseln

Als vertragliches Gestaltungsmittel zur Eindämmung des Nichtigkeitsrisikos verbleiben somit allein die sogenannten salvatorischen Klauseln. Diese wurden bereits einleitend²⁾ kurz charakterisiert und sollen nunmehr systematisch untersucht werden. Sie sind zunächst begrifflich näher zu bestimmen (nachfolgend 1 - 3), in ihren Inhalten und möglichen Wirkungen zu untersuchen (nachfolgend 4) und schließlich auf ihre Rechtswirksamkeit hin zu überprüfen (nachfolgend 5 und 6). Einige der von dieser Systematik nicht erfaßte Sonderprobleme salvatorischer Klauseln werden abschließend unter 7 bis 11 behandelt.

1. Begriff und Bedeutung

Es gibt keinen einheitlichen und präzise definierten Begriff der salvatorischen Klausel.

1) Ulmer NJW 1981, 2032

2) vgl. oben A

In den juristischen Wörterbüchern wird er entweder überhaupt nicht geführt,¹⁾ oder es hat sein Bewenden mit einem rechtshistorischen Hinweis auf die Constitutio Criminalis Carolina,²⁾ mit dem ersichtlich auf deren Regelung abgehoben wird, daß dieses erste Reichsstrafgesetzbuch nur subsidiär neben den einzelnen Landesstrafrechten gelten sollte.³⁾

Lediglich bei Creifelds⁴⁾ findet sich der Versuch einer abstrakten Begriffsbestimmung. Dabei werden zwei Elemente als kennzeichnend herausgestellt. Das eine ist die Funktion, einen der Vertragsbeteiligten vor Rechtsnachteilen zu schützen. Das andere Element liegt in der Eigenschaft, die Geltung bestimmter Rechtssätze oder Vertragsbestimmungen für den Fall anzuordnen, daß nicht andere Normen bestehen, die vor ihnen den Vorrang haben, und deckt sich insoweit mit dem Begriff der Subsidiarität.

Salvatorische Klauseln enthalten danach selbst keine materiellrechtlichen Regelungen, sondern verweisen auf außerhalb liegende Inhalte. Sie be-

-
- 1) Köbler, Juristisches Wörterbuch / Stier-Somlo/Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft / Reifferscheid/Böckel/Benseler (Hrsg.), Lexikon des Rechts
 - 2) Köst, Juristisches Wörterbuch / Posener, Rechtslexikon, jeweils unter dem Stichwort "Salvatorische Klausel"
 - 3) In der "Vorrede des peinlichen Halsgerichts" (= Vorwort zur Carolina) heißt es am Ende:
"Doch wollen wir durch diese gnedige Erinnerung Churfürsten Fürsten und Stenden, an jren alten wohlherbrachten rechtmessigen vnnd billichen gebreuchen nichts benommen haben."
 - 4) Unter dem Stichwort "Salvatorische Klausel"

treffen ferner typischerweise keinen realen, gegenwärtigen Sachverhalt, sondern nur einen hypothetischen. Beispielhaft im Sinne dieser Charakterisierung sind die sogenannten Ersetzungsklauseln, die für den Fall der Nichtigkeit, oder wenn eine Bestimmung aus sonstigen Gründen nicht Vertragsbestandteil geworden ist, die Geltung einer bestimmten oder noch zu bestimmenden Ersatzregelung anstelle des dispositiven Rechts anordnen.¹⁾

In der neueren rechtswissenschaftlichen Diskussion, vor allem im Bereich allgemeiner Geschäftsbedingungen, wird der Begriff für sehr vielfältige Erscheinungsformen verwendet, die nicht alle durch die vorstehende Charakterisierung erfaßt werden.

-
- 1) Beispielhaft sei auf eine Gestaltung hingewiesen, die dem BGH in der Entscheidung BB 1980, 336 f vorgelegen hat: "15. Sollten einzelne Bestimmungen dieser Erklärung nicht rechtsgültig sein oder nicht durchgeführt werden, so behalten die übrigen Bestimmungen dennoch Gültigkeit. Eine ungültige Bestimmung ist durch eine sinngemäße gültige Bestimmung zu ersetzen."

In den AGB der Firma Grundig AG hieß es bis vor kurzem: "Unwirksame Bedingungen sind durch solche zu ersetzen, die möglichst den angestrebten Zweck erreichen."
(AGB Register beim BKA Nrn. 420 und 463).

Die Firma Deutsche Olivetti GmbH verwendete folgende Klausel: "Die unwirksame Bestimmung ist vielmehr so umzudeuten, daß der mit ihr verfolgte Zweck, soweit gesetzlich zulässig, erreicht wird." (AGB Register beim BKA Nr. 617).

Von salvatorischen Klauseln wird beispielsweise auch dann gesprochen, wenn Rechte des Vertragspartners ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, "soweit dies gesetzlich zulässig ist".¹⁾

Im Grunde handelt es sich hier lediglich um eine globale Verweisung auf materielles Recht ohne jeden hypothetischen Charakter, weshalb in diesen Fällen auch von "gesetzesverweisender Klausel"²⁾ gesprochen wird.

-
- 1) Solche Gestaltungen kommen in der Praxis häufig vor. Das bekannteste Beispiel dürfte Ziff. 10 Abs. 1 der AGB der privaten Banken in der Fassung vom 1. 4. 1977 sein. Dort heißt es: "Kreditauskünfte erteilt die Bank unter Aus-schluß der Haftung, soweit dies im Rahmen der Rechtsordnung zulässig ist."

Ähnlich Nr. II 4.6. der Allgemeinen Geschäfts-, Liefer- und Zahlungsbedingungen für das Radio- und Fernsehhandwerk: "Ausgeschlossen sind alle anderen, weitergehenden Ansprüche des Kunden ..., soweit gesetzlich zulässig ..."
(Bekanntmachung des BKA Nr. 99/77 v. 22. 9. 1977, BAnz. v. 6. 10. 1977).

In § 9 III der Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Einheits-Architektenvertrag (AVA) heißt es: "An Stelle der nichtigen Bestimmung soll gelten, was dem gewollten Zweck in gesetzlich erlaubtem Sinn am nächsten kommt."
(Bekanntmachung des BKA Nr. 7/79 im BAnz. Nr. 21 v. 31. 1. 1979).

Nr. VII 8 der Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Maschinen für Inlandsgeschäfte lautet: "Weitere Ansprüche des Bestellers, ... sind, soweit gesetzlich zulässig, ausgeschlossen." (Bekanntmachung des BKA Nr. 75/77 v. 21. 4. 1977).

- 2) Schlosser WM 1978, 568 f / Thümmel/Oldenburger BB 1979, 1068 / MK (Kötz) § 6, Rdn. 13 / Palandt (Heinrichs) Vorbem. § 8, Anm. 3 b / Staudinger (Schlosser) § 11 Nr. 7, Rdn. 28 / Garrn JA 1981, 152

Ein weiteres Beispiel ist die Teilnichtigkeitsklausel.¹⁾ Sie betrifft zwar einen hypothetischen Fall, nämlich die Nichtigkeit einer Vertragsbestimmung, ordnet aber nicht die subsidiäre Geltung einer bestimmten anderen Regelung an, sondern beschränkt sich darauf, die Auslegungsregel des § 139 BGB abzubedingen.

Gegenstand dieser Untersuchung sind die salvatorischen Klauseln im neueren, untechnischen Sinne. Man könnte sie auch als salvatorische Klauseln im weiteren Sinne bezeichnen. Ein innerer Zusammenhang der somit zu besprechenden Klauseltypen ergibt sich aber aus der eingangs²⁾ skizzierten Problemstellung. Alle Varianten der salvatorischen Klausel im weiteren Sinne verfolgen den Zweck, das Risiko der Nichtigkeit oder Nichteinbeziehung von AGB zu verringern bzw. zu beseitigen. Sie heben gesetzliche Anordnungen auf (Teilnichtigkeitsklauseln und Ersetzungsklauseln) bzw. verhindern überhaupt ihr Eingreifen durch Vermeidung des sie auslösenden Tatbestandes (gesetzesverweisende Klauseln). Sie dienen somit dazu, die Ausgestaltung und Wirkungen eines Vertrages einer möglichst weitge-

1) H. Westermann, S. 135. Häufig spricht man auch von "Fortgeltungsklausel" (vgl. Regierungsbegründung BT-Drucks. 7/3919, S. 21)

2) Oben A

henden Parteiherrschaft zu unterstellen.¹⁾

Salvatorische Klauseln sind in der Kautelarpraxis weit verbreitet.²⁾ Sie finden sich insbesondere in umfangreichen, langfristigen und wirtschaftlich bedeutsamen Verträgen. Trotz dieses rechtstatsächlichen Befundes sind sie in der Literatur jedoch wenig behandelt worden.³⁾ Erst seit Inkrafttreten des AGBG hat eine Diskussion eingesetzt und taucht der Begriff der salvatorischen Klausel in den juristischen Erklärungsbüchern auf, obwohl die besondere Problematik weder durch das AGBG entstanden noch

-
- 1) Diese Beschreibung paßt auch auf sogenannte Nichtigkeitsklauseln. Diese ordnen für den Fall der Nichtigkeit oder der Nichteinbeziehung einer Vertragsbestimmung - abweichend von § 6 I AGBG - die Gesamtnichtigkeit des Vertrages an und beschränken auf diese Weise die Risiken des Verwenders. Nichtigkeitsklauseln dürften in der Praxis jedoch kaum vorkommen, weil der Verwender im Regelfall an der Aufrechterhaltung der Vielzahl der von ihm abgeschlossenen Massengeschäfte interessiert ist. Beispiele aus dem Wirtschaftsleben sind nicht bekannt. Die Nichtigkeitsklauseln werden deshalb im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter untersucht. Zum Meinungsstand Hager, S. 190 f und Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 17 f
 - 2) Vgl. die oben S. 39 FN 1 und S. 40 FN 1 zitierten Beispiele. Ebenso H. Westermann, S. 135 mit weiteren Nachweisen und Beispielen / Schlosser WM 1978, 569. A. A. Willenbruch BB 1981, 1976 für gesetzverweisende Klauseln
 - 3) Die einzige Behandlung des Themas vor Inkrafttreten des AGBG findet sich bei H. Westermann, Festschrift für Philipp Möhring, 1975, S. 135 ff.

überhaupt auf den Bereich allgemeiner Geschäftsbedingungen beschränkt ist. Die derzeitige Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit in Literatur und Rechtsprechung ist uneinheitlich, Begründungen und rechtliche Ansatzpunkte sind vielfältig. Auch die Rechtsprechung hat zu diesen Fragen bislang nur selten Stellung genommen. Im AGB-Register beim BKA waren bis Oktober 1984 unter § 6 II AGBG nur 5 Entscheidungen registriert, die die Problematik der salvatorischen Klauseln betreffen.¹⁾ Instruktive Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zu dieser Thematik stehen noch aus. Dem BGH haben zwar wiederholt Gestaltungen in AGB mit salvatorischen Zusätzen der hier interessierenden Art vorgelegen,²⁾ ohne daß jedoch eine erwähnenswerte Auseinandersetzung mit der Problematik stattgefunden hat.³⁾

1) Nrn. 420 und 463/617/864/1022/1035

2) In der Entscheidung in BB 1980, 336 f lag dem BGH folgende Klausel vor: "Sollten einzelne Bestimmungen dieser Erklärung nicht rechtsgültig sein oder nicht durchgeführt werden, so behalten die übrigen Bestimmungen demnach Gültigkeit. Eine ungültige Bestimmung ist durch eine sinngemäße gültige Bestimmung zu ersetzen."

In der Entscheidung in NJW 1983, 159 ff lautete die salvatorische Klausel:

"Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein, so wird die rechtliche Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Es gilt dann vielmehr, soweit gesetzlich zulässig, eine der ungültigen Bestimmung möglichst nahekommende als vereinbart."

3) Dies erklärt - was Hager, S. 53 beanstandet hat - daß sich sämtliche nachfolgenden Veröffentlichungen in der Literatur mit diesen Entscheidungen nicht auseinandersetzen.

2. Abgrenzung von den Anpassungsklauseln

Den salvatorischen Klauseln verwandte Erscheinungen sind die sogenannten Anpassungsklauseln. Unter diesem "Sammelbegriff"¹⁾ werden solche Klauseln zusammengefaßt, die, ausgehend von der ursprünglichen und fortbestehenden Rechtsgültigkeit des Vertrages bzw. seiner Einzelbestimmungen, eine Regulierung von Unzulänglichkeiten vertraglicher Regelungen ermöglichen, welche durch eine Veränderung der tatsächlichen Umstände eingetreten sind.

Dabei handelt es sich in der Regel um Störungen der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, die sich im Laufe der Zeit durch die Veränderung von Geldwert, Produktionskosten, Marktpreisen etc. ergeben haben, so daß der Vertrag nicht mehr als angemessener Interessenausgleich angesehen werden kann. Der Begriff der Anpassungsklausel ist aber nicht auf den Fall der Äquivalenzstörung beschränkt. Er umfaßt auch sogenannte Wirtschaftsklauseln,²⁾ mit denen alle irgendwie für das Vertragswerk bedeutsamen Veränderungen erfaßt werden.

Eine einheitliche Terminologie hat sich in diesem Bereich noch nicht durchgesetzt. Dies dürfte auf die Vielzahl von Merkmalen zurückzuführen sein, nach denen eine Kategorisierung vorgenommen werden kann. Teilweise wird eine Einteilung danach vorgenommen, ob die Anpassung automatisch

1) Bilda, S. 23, Rdn. 9

2) H. Westermann, S. 137 mit Beispielen

erfolgt oder einer besonderen Festsetzung vorbehalten ist,¹⁾ wobei im letzteren Fall wiederum danach unterschieden werden kann, wem die Anpassungsbefugnis zusteht. Verbreitet wird danach differenziert, ob eine Klausel nach § 3 S. 2 WährG als Wertsicherungsklausel genehmigungsbedürftig ist oder als Leistungsvorbehalt,²⁾ Spannungsklausel,³⁾ Kostenklausel,⁴⁾ Umsatzklausel⁵⁾ etc. einer Genehmigungspflicht nicht unterliegt.

Allen Anpassungsklauseln gemeinsam ist die tatbestandliche Anknüpfung an wirtschaftliche oder technische Probleme, die sich im Laufe der Vertragsabwicklung einstellen. Langfristige Verträge bilden daher den typischen Anwendungsbereich. Im Gegensatz dazu liegt der Anknüpfungspunkt salvatorischer Klauseln bei den rechtlichen Mängeln eines Vertragswerkes, die diesem in der Regel von Anfang an anhaften.

1) Z. B. Bilda, S. 46 ff

2) Dürkes, D, Rdn. 148 ff

3) Dürkes, D, Rdn. 5 ff

4) Dürkes, D, Rdn. 64 ff

5) Dürkes, D, Rdn. 251 ff

3. Typen salvatorischer Klauseln

a) Teilnichtigkeitsklauseln¹⁾

Unter einer Teilnichtigkeitsklausel versteht man eine Vereinbarung des Inhalts, daß eine Teilnichtigkeit des betreffenden Vertrages seine Gültigkeit insgesamt unberührt lassen soll.²⁾ Eine solche Abrede erwächst aus der Erfahrung, daß die Teilnichtigkeit einer Vertragsbestimmung entgegen der Auslegungsregel des § 139 BGB die Erreichung des Vertragszwecks in den meisten Fällen noch nicht entscheidend beeinträchtigt.

Im reinen AGB-Vertrag besteht für eine Teilnichtigkeitsklausel kein Bedürfnis, weil § 6 I AGBG die Auslegungsregel des § 139 BGB für AGB aufhebt und bestimmt, daß der Vertrag wirksam bleibt, wenn AGB ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind. § 6 I AGBG gilt nach herrschender Meinung auch dann, wenn sich die Nichtigkeit bzw. das Einbeziehungs-

-
- 1) Teilnichtigkeitsklauseln unterfallen zwar begrifflich den salvatorischen Klauseln (siehe oben S. 41), sind jedoch im Verhältnis zu den Ersetzungsklauseln oder den gesetzesverweisenden Klauseln kaum problematisch. Sie werden hier deshalb nur der Vollständigkeit halber kurz und im Rahmen dieser Arbeit abschließend behandelt.
- 2) Ergänzend sei noch auf eine Variation dieser klassischen Teilnichtigkeitsklausel hingewiesen, die § 139 BGB dahin umkehrt, daß Gesamtnichtigkeit zwar möglich bleibt, sie jedoch im Zweifel gerade nicht eintreten soll. Zur Sachgerechtigkeit dieser Lösung im Hinblick auf den mutmaßlichen Parteiwillen vgl. Mayer-Maly GS Schnitzler, S. 265 ff.

hindernis aus Normen außerhalb des AGBG ergibt.¹⁾

Ein denkbare Anwendungsfall der Teilnichtigkeitsklauseln liegt aber in Verträgen, die AGB und Individualvereinbarungen kombinieren. Derartige Mischformen gewinnen in der Praxis immer mehr an Bedeutung; denn Individualvereinbarungen in AGB ermöglichen nicht nur die Berücksichtigung von Besonderheiten des Einzelfalles, sondern können auch gezielt zur Ausschaltung von Schutzvorschriften des AGBG eingesetzt werden.²⁾ Eine erhebliche Bedeutung ergibt sich auch dann, wenn man mit der herrschenden Meinung in Rechtspre-

1) Palandt (Heinrichs) § 6, Anm. 2 a / MK (Kötz) § 6, Rdn. 3 / Dietlein/Rebmann § 6, Rdn. 2 / Koch/Stübing § 6, Rdn. 6 / Löwe/v.Westphalen/Trinkner § 6, Rdn. 3 / Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 3.
A. A. Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 32 für den Fall der Nichtigkeit nach § 138 BGB und Locher BB 1981, 821 sowie Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 4 für den Fall der Irrtumsanfechtung. Differenzierend Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6, Rdn. 1 a. E.

Die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGBG ist immer von dem in § 6 I AGBG kodifizierten Grundsatz ausgegangen und hat eine Totalnichtigkeit des Vertrages lediglich dann angenommen, wenn eine solche Fülle von Bestimmungen unwirksam war, daß eine völlige Umgestaltung des Vertrages erforderlich geworden wäre (vgl. BGH NJW 1969, 232 / 1972, 1229).

2) Zur Problematik dieses Aspekts: Wolf NJW 1977, 1942 f

chung¹⁾ und Literatur²⁾ davon ausgeht, daß eine äußerlich unveränderte Übernahme der AGB in den Vertrag der Annahme einer Individualabrede nicht schlechthin entgegensteht.³⁾ Auf dieser Grundlage können sich in der Praxis Individualvereinbarungen in AGB-Verträge "einschleichen".

Wenn in einem solchen gemischten Vertrag eine Individualabrede nichtig ist, beurteilen sich die Auswirkungen der Teilnichtigkeit nach der allgemeinen Regelung des § 139 BGB;⁴⁾ d. h. der Vertrag ist im Zweifel insgesamt nichtig. Es stellt sich damit die Frage, ob eine vorformulierte Teilnichtigkeitsklausel die Anwendung des § 139 BGB in diesen Fällen wirksam ausschließen kann.

Dem würde § 4 AGBG entgegenstehen, demzufolge individuelle Vertragsabreden Vorrang vor AGB haben, wenn ein Widerspruch zwischen der vorformulierten Teilnichtigkeitsklausel und den Individualabreden festgestellt werden könnte. Ein

1) BGH NJW 1977, 624 / 1979, 1407

2) MK (Kötz) § 1, Rdn. 18 / Palandt (Heinrichs) § 1, Anm. 4 c / Stein, § 1, Rdn. 24 / von Falkenhausen BB 1977, 1128 / Wolf NJW 1977, 1938 f / Erman (Hefermehl) § 1, Rdn. 17

3) Die Anforderungen an ein Aushandeln im Sinne des § 1 II AGBG werden allerdings nicht einheitlich bestimmt. Sie reichen von der dem anderen Teil bekannten Bereitschaft des Verwenders zur Änderung seiner AGB (BGH NJW 77, 624) bis zu der Forderung, daß sich das Verhandlungsangebot des Verwenders auf konkrete Klauseln von besonderem Gewicht beziehen müsse und der Kunde sich nach entsprechender Prüfung zu ihrer unveränderten Annahme entschlöße (Ulmer/Brandner/Hensen § 1, Rdn. 45).

4) Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 8 / Feh1, S.99 / BGH NJW 1972, 1229

unmittelbarer Widerspruch ist jedoch nicht ersichtlich, weil die Teilnichtigkeitsklausel auf den Inhalt der individuellen Abrede nicht einwirkt. Sie gilt nämlich gerade für den Fall, daß die Individualabreden unwirksam sind.

Ein unmittelbarer Widerspruch ist für den Tatbestand des § 4 AGBG aber auch nicht erforderlich.¹⁾ Entsprechend dem Charakter der Vorschrift des § 4 AGBG als "Auslegungsregel"²⁾ genügt jede Abweichung, die dazu führen kann, daß die Individualvereinbarung bei Anwendung der AGB-Klausel entgegen der ihr von den Parteien beigelegten Bedeutung nicht uneingeschränkt zur Wirkung kommen kann.³⁾

Eine Teilnichtigkeitsklausel wirkt lediglich auf die im Falle der Nichtigkeit eintretenden Rechtsfolgen ein, indem sie die an sich gebotene Anwendung des § 139 BGB ausschließt. Dies als Abweichung vom Inhalt der Individualabrede anzusehen wäre nur denkbar, wenn man die im Falle der Nichtigkeit eintretende Rechtsfolge dem Inhalt der Individualvereinbarung zurechnen könnte. Dies würde voraussetzen, daß die Parteien mit der Aufnahme der Individualabrede auch die Vereinbarung treffen wollten, daß sich die Folgen einer Teilnichtigkeit nach § 139 BGB

1) Ulmer/Brandner/Hensen § 4, Rdn. 12 / OLG Köln bei Bunte AGBG I § 4, Nr. 3. Zum früheren Recht grundlegend: Trinkner FS Cohn, S. 191 ff

2) Dietlein/Rebmann § 4, Rdn. 2

3) Ulmer/Brandner/Hensen § 4, Rdn. 14

richten sollen. Dies wird in aller Regel jedoch nicht der Fall sein; denn die Parteien machen sich über die Folgen der Teilnichtigkeit einer Vertragsbestimmung typischerweise überhaupt keine Gedanken. Außerdem enthält § 139 BGB ja gerade eine Auslegungsregel für den Fall, daß die Parteien eine Regelung hinsichtlich der Teilnichtigkeit nicht getroffen haben. Nun ist es zwar denkbar, daß die Parteien ganz bewußt davon ausgehen, daß sich die Rechtsfolgen der Teilnichtigkeit nach § 139 BGB richten. Dieser Fall dürfte jedoch nur theoretischer Natur sein. Wenn die Parteien sich jedoch konkrete Vorstellungen über eine möglicherweise bestehende Teilnichtigkeit machen, liegt es nahe, daß sie deren Rechtsfolgen ausdrücklich regeln und nicht der schwer kalkulierbaren Anwendung der Vorschrift des § 139 BGB überlassen. Deshalb ist davon auszugehen, daß die im Falle der Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB eintretende Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit nicht zum Inhalt der Individualabrede zu rechnen ist, so daß es an einer Regelung überhaupt fehlt, von der durch eine Teilnichtigkeitsklausel abgewichen werden könnte.

Damit steht § 4 AGBG der Wirksamkeit von Teilnichtigkeitsklauseln nicht entgegen. Da sich auch aus anderen Gesichtspunkten rechtliche Bedenken nicht herleiten lassen, sind Teilnichtigkeitsklauseln in AGB zulässig. Ob sie in der Praxis eine sinnvolle Regelung darstellen, kann nur im Einzelfall entschieden werden.

b) Ersetzungsklauseln

Einen weiteren Typus salvatorischer Klauseln bilden die Ersetzungsklauseln. Sie sollen das in § 6 II AGBG vorgesehene Eingreifen der "gesetzlichen Vorschriften" verhindern, indem sie spezielle Ersatzregelungen bereithalten.

Ersetzungsklauseln können inhaltlich sehr unterschiedlich ausgestaltet sein.¹⁾ Sie können vorsehen, daß eine Vertragspartei (Typ 1) oder ein Dritter (Typ 2) bei Feststellung einer Vertragslücke befugt ist, diese zu schließen. Sie können ferner eine Verpflichtung der Parteien begründen, sich über eine Ersatzbestimmung zu einigen (Typ 3). Klauseln dieser Typen enthalten häufig auch Richtlinien, wie die Ersatzregelung inhaltlich zu gestalten ist. Typisch ist der Zusatz, daß die Ersatzbestimmung dem wirtschaftlichen Erfolg der nicht Vertragsbestandteil gewordenen Bestimmung möglichst nahe kommen soll.²⁾

Verbreitet finden sich auch Formulierungen, nach denen die unwirksame Bestimmung auf ein noch zulässiges oder auf ein angemessenes Maß zu reduzieren ist (Typ 4).

Die Ersetzungsklausel kann schließlich bereits konkrete Ersatzbestimmungen enthalten, welche

1) Übersicht bei Garrn JA 1981, 151 ff

2) In BGH BB 1980, 336 f lautet die Ersetzungsklausel sogar: "Eine ungültige Bestimmung ist durch eine sinngemäße gültige Bestimmung zu ersetzen."

automatisch an die Stelle der nicht Vertragsbestandteil gewordenen Regelung treten sollen (Typ 5).

c) Gesetzesverweisende Klauseln

Als letzter Typus salvatorischer Klauseln sind die sogenannten gesetzesverweisenden Klauseln zu nennen. Dabei handelt es sich um solche Bestimmungen, die anstelle einer konkreten Beschreibung von Rechten und Pflichten Formulierungen verwenden, die lediglich pauschal auf das gesetzlich oder rechtlich "Noch-Zulässige" verweisen.¹⁾ Während Ersetzungsklauseln eine konkrete materielle Vertragsbestimmung in der Weise ergänzen, daß sie ein Verfahren bestimmen, mit dem im Falle der Unwirksamkeit eine Ersatzbestimmung gefunden werden kann, ist die gesetzesverweisende Klausel selbst materielle Vertragsbestimmung. Im Ergebnis können beide Arten von Klauseln dazu führen, daß die Rechte des Vertragspartners eingeschränkt werden, "soweit dies rechtlich zulässig ist". Während sich die gesetzesverweisende Klausel in dieser Aussage erschöpft, gehen die Ersetzungsklauseln stets mit einer anderen Vertragsbestimmung einher und greifen nur für den Fall ein, daß diese nicht rechtswirksam ist.

4. Wirkungen, Rechtsnatur und Ansprüche aufgrund salvatorischer Klauseln

In diesem Abschnitt sollen zunächst die einzelnen Typen salvatorischer Klauseln inhaltlich näher dargestellt und in ihrer Rechtsnatur und ihren Wirkungen untersucht werden. Die besondere Pro-

1) Näheres dazu unter B IV 4a, ee

blematik ihrer Wirksamkeit bei Verwendung in AGB bleibt hier zunächst noch unberücksichtigt.

a) Ersetzungsklauseln

Ersetzungsklauseln gehen in ihren Wirkungen über das hinaus, was ohne sie aufgrund des § 6 II AGBG und der ergänzenden Vertragsauslegung gelten würde.¹⁾ Dies ist eindeutig, wenn die Ersetzungsklausel detailliert festlegt, wie und von wem die Vertragsbestimmung zu ersetzen ist. Wenn sie hingegen lediglich eine Reduzierung des Inhalts auf ein angemessenes Maß anordnet, kann die Ersetzungsklausel zu dem gleichen Ergebnis führen wie § 6 II AGBG bzw. die ergänzende Vertragsauslegung. Dennoch kommen ihr auch in diesen Fällen einige Wirkungen zu.

Eine Wirkung liegt in dem Hinweis an das im Streitfall entscheidende Gericht, in jeder Lage des Verfahrens die Möglichkeit einer Lückenausfüllung zu beachten.²⁾ Eine weitere besteht darin, daß die gerichtliche Gestaltungskompetenz bei der Lückenausfüllung zumindest in Grenzfällen erweitert bzw. legitimiert wird.³⁾ Letztlich ist zu beachten, daß die Wirkung der Ersetzungsklausel sicher ist und von den Vertragsparteien beeinflusst werden kann,⁴⁾ während die ergänzende Vertragsauslegung durch den Beurteilungsspielraum des Richters mit erheblichen Unwägbarkeiten belastet ist.

Die Geltung der Ersatzbestimmungen aufgrund von

1) H. Westermann spricht insoweit von einem "konstitutiven Charakter" (S. 140).

2) H. Westermann, S. 142

3) H. Westermann, S. 142

4) H. Westermann, S. 143

Ersetzungsklauseln ist, rechtsdogmatisch gesehen, in der Regel nicht bedingt, weil die Unwirksamkeit oder das "Nicht-Vertragsbestandteil-werden" kein ungewisses Ereignis ist, sondern eine aus Rechtsgründen von Anfang an feststehende Tatsache, von deren Existenz die Parteien nur keine sichere Kenntnis haben. In diesen Fällen spricht man auch von einer "uneigentlichen Bedingung".¹⁾

Die §§ 158 ff BGB können jedoch analog angewendet werden, weil die Ersetzungsklauseln dahin ausgelegt werden können, daß die Parteien nicht auf die objektive Unwirksamkeit bzw. das "Nicht-Vertragsbestandteil-werden" der betreffenden Bestimmungen abstellen, sondern auf ihre zukünftige Kenntnis davon. Aus der Sicht der Parteien ist die Interessenlage dann mit derjenigen identisch, die bei objektiver Ungewißheit eines zukünftigen Ereignisses gegeben wäre, weil für die Parteien subjektiv die gleiche Ungewißheit besteht.²⁾ Dieser Auffassung scheint auch der Gesetzgeber des BGB gewesen zu sein. In § 137 des Ersten Entwurfs war der sogenannten "uneigentlichen Bedingung" eine eigene Bestimmung gewidmet. Diese ist jedoch mit Rücksicht darauf gestrichen worden, daß im allgemeinen die Analogie zu den Vorschriften über die (echte) Bedingung helfen werde.³⁾

1) Medicus AT, Rdn. 829. Teilweise wird auch von einer "Voraussetzung" oder "Unterstellung" gesprochen. In der gemeinrechtlichen Terminologie war das die "conditio in praesens vel praeteritum collata". (Vgl. Dig. 12, 1 u. 37. Dazu schon Henle, S. 31 ff und Blomeyer, S. 51 ff)

2) Brox AT, Rdn. 432. So im Ergebnis wohl auch Blomeyer, S. 54 / MK (Westermann) § 158, Rdn. 52 / Flume § 38, 1 b

3) Prot. I, 185

Die Wirkung einer Ersetzung geht entsprechend dem mutmaßlichen Parteiwillen auf den Zeitpunkt zurück, seitdem der rechtliche Mangel besteht; d. h. im Regelfall auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die mit Rücksicht auf die unwirksame oder aus sonstigen Gründen nicht Vertragsbestandteil gewordene Bestimmung erbrachten Leistungen sind aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit zurückzugewähren, als die Ersatzbestimmung für sie keinen Rechtsgrund darstellen kann.

Im übrigen sind die einzelnen Typen von Ersetzungsklauseln in Struktur und Wirkung sehr verschieden.

aa) Ersetzung durch eine Vertragspartei (Typ 1):

Mit einer Ersetzungsklausel vom Typ 1 wird dem Verwender das Recht eingeräumt, eine Vertragslücke zu schließen; d. h. Leistung oder Gegenleistung, Modalitäten ihrer Erbringung oder sonstige für das Rechtsverhältnis erhebliche Entscheidungen zu treffen. Es könnte sich insoweit um ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB mit der Folge der Anwendbarkeit der Schutzbestimmungen der §§ 315 ff BGB handeln.

Ein solches einseitiges Bestimmungsrecht ist wirksam; denn es kann jeder Vertrag durch einseitiges Rechtsgeschäft geändert werden, sofern die Parteien dieses vereinbart haben und gesetzliche Vorschriften dem nicht entgegenstehen.¹⁾

§ 315 BGB bezieht sich primär auf den Fall, daß eine von Anfang an offengebliebene Leistung festzusetzen ist. Hier geht es demgegen-

1) Erman (Battes) § 305, Rdn. 8 / Enneccerus/Lehmann SR § 42 I 2, S. 186

über um die nachträgliche Änderung einer schon im ursprünglichen Vertrag getroffenen Bestimmung. Jedoch ist zu beachten, daß die ursprüngliche Regelung unwirksam bzw. aus einem sonstigen Grund nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Man könnte sich deshalb auf den Standpunkt stellen, daß der betreffende Vertragspunkt im Rechtssinne von Anfang an ungeregelt war, so daß einer Anwendung des § 315 BGB unter diesem Gesichtspunkt nichts entgegensteht. Zu dem gleichen Ergebnis führt die Erwägung, daß die nachträgliche Änderung einer Leistung ihrer ursprünglichen Bestimmung vergleichbar ist, weil dem nicht bestimmungsberechtigten Vertragspartner daran gelegen ist, seine Belange dem Schutz des § 315 BGB zu unterstellen. Weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte ergeben sich Anhaltspunkte dafür, daß § 315 BGB lediglich bei anfänglich unbestimmter Leistung anwendbar sein soll.¹⁾

Für eine Anwendung des § 315 BGB ist es ferner unschädlich, daß eine Ersetzungsklausel in der Regel nicht unmittelbar zur Bestimmung einer Leistung ermächtigt, sondern sich auch auf Vertragsbestimmungen bezieht, in denen nur untergeordnete Leistungsmodalitäten geregelt sind.²⁾

1) So im Ergebnis auch Bilda, S. 67 / Soergel (Schmidt) § 315, Rdn. 2 und 12 / Bötticher, S. 6

2) Ulmer/Brandner/Hensen Anhang zu §§ 9 - 10, Rdn. 470 / RGRK (Ballhaus) § 315, Rdn. 21 / Alternativ Kommentar (Dubischar) § 315, Rdn. 4 / MK (Söllner) § 315, Rdn. 8 / H. Westermann, S. 144 / Nieder BWNotZ 1977, 113 / Jauernig (Vollkommer) § 315, 3 b / Erman (Battes) § 315, Rdn. 4 / Palandt (Heinrichs) § 315, Anm. 1 b / Oertmann § 315, Anm. 2.

A. A. wohl Larenz SR I § 6, II a und Soergel (R. Schmidt) § 315, Rdn. 10, die § 242 BGB anwenden wollen.

Im Rahmen des § 315 BGB können die Parteien auch einen anderen Maßstab als "Billiges Ermessen" vereinbaren.¹⁾ Die Vorschrift enthält nämlich dispositives Recht. Es ist lediglich das Willkürverbot zu beachten.²⁾ Enthält eine Ersetzungsklausel überhaupt keinen Maßstab für die Lückenausfüllung, bestehen Bedenken im Hinblick auf die Bestimmbarkeit der Ersatzregelung. Obwohl § 315 BGB gerade eine Regelungslücke voraussetzt,³⁾ besteht eine Anwendungsmöglichkeit für diese Vorschrift nur dann, wenn jedenfalls der "typische Geschäftszweck,"⁴⁾ die "Grundlage"⁵⁾ oder die "Grundsätze"⁶⁾ erkennbar sind, von denen bei der Festlegung der Ersatzbestimmung ausgegangen werden kann.⁷⁾

Diese Bedenken greifen jedoch nicht durch, weil die unwirksame und infolgedessen zu ersetzende Vertragsbestimmung einen objektiven Anhaltspunkt für die Lückenausfüllung bietet; denn auch ohne eine besondere Vereinbarung kann im Wege der Auslegung angenommen werden, daß die Ersatzbestimmung die wirtschaftliche Funktion der un-

-
- 1) Soergel (Schmidt) § 315, Rdn. 4 / Staudinger (Mayer-Maly) § 315, Rdn. 60 / Baumann NJW 1978, 1954 / Oertmann § 315, Anm. 1 b / Erman (Battes) § 315, Rdn. 5 / RGZ 99, 106
 - 2) Staudinger (Mayer-Maly) § 315, Rdn. 14 / v. Hoyningen-Huene, S. 57 / RGZ 90, 30 / Kronke AcP 183, 137
 - 3) Mayer-Maly a. a. O., FN 1, Rdn. 37
 - 4) Oertmann § 315, Anm. 1 a
 - 5) Erman (Battes) § 315, Rdn. 6
 - 6) Mayer-Maly a. a. O., FN 1, Rdn. 12 ff
 - 7) Die Voraussetzung der Bestimmbarkeit der Leistung zählt zu den nicht positivierten Grundlagen des Obligationenrechts (Mayer-Maly a. a. O., FN 1, Rdn. 10) und ist folglich auch im Rahmen des § 315 BGB zu beachten (vergl. auch Erman (Battes) § 315, Rdn. 6).

wirksamen Klausel soweit wie möglich aufrechterhalten soll.¹⁾ Dies ist als Anhaltspunkt für die inhaltliche Beschaffenheit der Ersatzregelung ausreichend.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, daß die Ersetzungsklausel des Typs 1 begrifflich als die Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB aufgefaßt werden kann.²⁾

Weiterhin stellt sich die Frage, ob es sich insoweit lediglich um ein Bestimmungsrecht handelt, oder ob der Bestimmungsberechtigte auch mit einer entsprechenden Verpflichtung belegt ist.³⁾ Bestünde eine Verpflichtung zur Bestimmung der Ersatzregelung, könnte der Verpflichtete

-
- 1) Siehe dazu unten B IV 9 b. Tatsächlich enthalten die meisten Ersetzungsklauseln einen entsprechenden Zusatz.
 - 2) So ausdrücklich H. Westermann, S. 144 / MK (Söllner) § 315, Rdn. 30 / Baumann NJW 1978, 1954 / Witte, S. 285
 - 3) Sehr streitig. Für eine Verpflichtung generell Palandt (Heinrichs) § 315, Anm. 3 a / MK (Söllner) § 315, Rdn. 22 f / wohl auch Staudinger (Mayer-Maly) § 315, Rdn. 68 f und Prot. II, 192 f. Die h. M. in Rechtsprechung und Literatur differenziert jedoch danach, ob der Schuldner oder der Gläubiger die Bestimmung vorzunehmen hat. Den Schuldner hält man für verpflichtet, während man beim Gläubiger nur eine Obliegenheit annimmt: Enneccerus/Lehmann § 5 I 1c / Oertmann § 315, Anm. 4 / Erman (Battes) § 315, Rdn. 9 f und 17 f / RGRK (Ballhaus) § 315, Rdn. 7 / Soergel (R. Schmidt) § 315, Rdn. 8 / RG JW 1912, 386 / RGZ 64, 116

in Verzug gesetzt und schadensersatzpflichtig werden.¹⁾

Für eine bloße Berechtigung würde es sprechen, wenn die Ersetzung typischerweise nur im Interesse des Ersetzungsbefugten erfolgen würde.²⁾ Auf den ersten Blick scheint dies der Fall zu sein, weil das dem Verwender eingeräumte Bestimmungsrecht die Funktion hat, eine Verbesserung seiner Rechtsposition gegenüber der gesetzlichen Regelung des § 6 II AGBG zu ermöglichen. Dies ist jedoch nur der eine Aspekt. Auch der Vertragspartner kann ein erhebliches Interesse daran haben, möglichst früh zu wissen, wie der Verwender von seinem Ersetzungsrecht Gebrauch machen wird. Wenn AGB beispielsweise einen unwirksamen Rücktrittsvorbehalt enthalten, stellt sich für den Vertragspartner die Frage, in welcher Form der Verwender diesen Vorbehalt teilweise aufrechterhalten wird, oder ob er sich darauf einstellen kann, daß der Rücktrittsvorbehalt vollständig entfällt und der Vertrag durchgeführt wird. Durch diese Ungewißheit kann dem Vertragspartner ein Schaden entstehen. Diesen muß er ersetzt verlangen können, wenn der Verwender die Bestimmung schuldhaft verzögert.³⁾

1) Dies dürfte die einzige praktische Konsequenz des Meinungsstreits sein. Die weitere Frage, ob dem Berechtigten damit eine Möglichkeit zur klagweisen Durchsetzung des Anspruchs auf Durchführung der Bestimmung eröffnet wird (§§ 887, 888 ZPO), wird nämlich allgemein dahin beantwortet, daß der Berechtigte die Bestimmung auf jeden Fall durch das Gericht vornehmen lassen muß, einerlei, ob er unmittelbar auf gerichtliche Gestaltung oder auf Gestaltung durch den Verpflichteten klagt (vgl. dazu Rosenberg/Schwab § 95 II 3 und Staudinger (Mayer-Maly) § 315, Rdn. 68 f).

2) So Bilda, S. 94, Rdn. 127 für Anpassungsklauseln

3) Instruktiv dazu Staudinger (Mayer-Maly) § 315, Rdn. 68 f

§ 375 I HGB steht dieser Lösung nicht entgegen.¹⁾
Diese Vorschrift erhebt zwar die Bestimmung der Leistung beim handelsrechtlichen Spezifikationskauf ausdrücklich zu einer Verpflichtung des Käufers. Dies erlaubt jedoch keineswegs den Umkehrschluß, daß in allen anderen Fällen eine Verpflichtung nicht besteht.

Im Ergebnis steht damit fest, daß eine Verpflichtung zur Ersetzung der unwirksamen oder nicht Vertragsbestandteil gewordenen Bestimmung immer dann besteht, wenn der Vertragspartner ein rechtliches Interesse daran hat. Ein Vorgehen nach § 326 BGB ist ihm allerdings verwehrt. Insoweit enthält § 315 III, 2 BGB eine abschließende Sonderregelung.²⁾ Das Bestimmungsrecht geht nicht auf den Vertragspartner über.³⁾

Ferner stellt sich die Frage nach einem etwaigen Verbrauch des Bestimmungsrechts nach einmaliger Ausübung. Es dürfte nicht selten vorkommen, daß der Verwender in seinem Bestreben, die unwirksame Vertragsbestimmung soweit wie möglich aufrechtzuerhalten, die Wirksamkeitsgrenzen abermals verkennt und eine unwirksame Ersatzregelung bestimmt. Darf er in diesem Fall eine weitere Ersatzregelung stellen, oder hat die unbillige Bestimmungserklärung sein Gestaltungsrecht konsumiert? Die salvatorische Klausel bestimmt die Zahl der

1) Bedenken haben insoweit offenbar Enneccerus/Lehmann § 5 I 1 c

2) Ganz h. M. Vgl. die oben S. 58 unter FN 3 aufgeführte Rechtsprechung und Literatur

3) H. M. Vgl. die oben S. 58 unter FN 3 aufgeführte Literatur und H. Westermann, S. 144. A. A. in bestimmten Fällen Palandt (Heinrichs) § 315, Anm. 3 a

Versuche nicht. Jedoch läßt sich im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der Ersetzungsklauseln ein Verbrauch des Bestimmungsrechts nach einmaliger Ausübung begründen;¹⁾ denn dieser gewährt lediglich das Recht, die Ursprungsfassung zu ändern. Dies folgt daraus, daß Ersetzungsklauseln im Regelfall auf alle oder einige der "vorstehenden Vertragsbestimmungen" Bezug nehmen und damit offensichtlich nur die bereits aktuell und konkret vorhandenen Bestimmungen, nicht aber die zukünftig aufgrund der Ersetzungsklausel zu entwerfenden Bestimmungen meinen. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Grundsatz der Unwiderprüflichkeit einseitiger Gestaltungserklärungen.²⁾

Nach einer fehlgeschlagenen Ausübung des Bestimmungsrechts ist somit das Gericht - entsprechend § 315 III 2 BGB - berufen, eine Ersatzregelung durch Urteil festzulegen.³⁾

bb) Ersetzung durch einen Dritten (Typ 2)

Ist die Ersetzung durch einen Dritten vorgesehen (Typ 2), handelt es sich nicht um einen Schiedsvertrag, da im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß die Parteien die gerichtliche Überprüfbarkeit der Ersetzung ausschließen wollten.⁴⁾ Der Dritte

1) So auch Witte, S. 286

2) Medicus AT, Rdn. 90 / Lukes NJW 1963, 1899 / Staudinger (Mayer-Maly) § 315, Rdn. 74 m.w.N.

3) So auch ausdrücklich Witte, S. 286

4) Palandt (Heinrichs) § 317, Anm. 2 d / Bulla NJW 1978, 399 / Gelhaar DB 1968, 743 / BGH NJW 1975, 1556 und 1977, 801

wird vielmehr als Schiedsgutachter tätig.¹⁾

Auf diesen Tatbestand sind die §§ 317 ff BGB entsprechend anwendbar;²⁾ d. h. die Bestimmung erfolgt im Zweifel nach billigem Ermessen (§ 317 I BGB) und ist bis zur Grenze der offenkundigen Unbilligkeit bzw. Unrichtigkeit verbindlich (§ 319 I BGB).

Der Dritte kann durch die Ersetzungsklausel nicht zur Bestimmung einer Ersatzregelung verpflichtet werden, sondern nur durch einen hierauf gerichteten Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675, 611 BGB) oder Auftrag (§ 662 BGB). Aus diesem Vertragsverhältnis erwächst ihm ein Vergütungsanspruch gegen seinen Auftraggeber.³⁾

cc) Ersetzung durch beide Vertragsparteien (Typ 3)

Eine Vereinbarung des Inhalts, daß die Ersetzung einer Einigung der Parteien vorbehalten ist (Typ 3), verpflichtet die Parteien zum Abschluß einer vertraglichen Vereinbarung;⁴⁾ d. h. nicht nur zur

1) So für die insoweit vergleichbaren Anpassungsklauseln: Bilda, S. 139, Rdn. 192 / Habscheid FS Lehmann II, S. 797

2) H. Westermann, S. 143 / Bulla NJW 1978, 399 / Gelhaar DB 1968, 743 / RGZ 96, 60 / 152, 204 / BGHZ 6, 339 / BGH LM § 317, Nr. 7

3) Zu der umstrittenen Frage, ob und inwieweit Behörden und Gerichte als Bestimmungsberechtigten in Betracht kommen, vgl. Habscheid MDR 1954, 392 ff und Soergel (R. Schmidt) § 317, Rdn. 4 f

4) Bilda, S. 130, Rdn. 178 / H. Westermann, S. 143

Abgabe einer Willenserklärung, sondern auch zur Mitwirkung bei der Suche nach einer geeigneten Ersatzbestimmung.¹⁾

Die Rechtsnatur einer solchen Klausel ist umstritten. Nach einer Auffassung handelt es sich um einen Vorvertrag,²⁾ nach anderen Auffassungen um eine Vertragsgestaltungsbefugnis³⁾ oder um ein Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 BGB.⁴⁾ Die Frage ist durchaus von praktischer Bedeutung,⁵⁾ weil an einen Vorvertrag größere Anforderungen im Hinblick auf die Bestimmbarkeit des Hauptvertrages gestellt werden.⁶⁾

Gegen eine Charakterisierung als Leistungsbestimmungsrecht spricht, daß § 315 BGB in den Fällen, in denen die Einigung über bestimmte Punkte einer späteren Vereinbarung der Parteien vorbehalten bleibt, überhaupt nicht anwendbar ist.⁷⁾ Gegen eine

1) H. Westermann, S. 143

2) Koch/Stübing § 6, Rdn. 5 / Staudinger (Westermann) § 6, Rdn. 11 / H. Westermann, S. 145

3) Garrn JA 1981, 155

4) Baumann NJW 1978, 1954 /MK (Söllner) § 315, Rdn. 30 / Witte, S. 283 f

5) A. A. H. Westermann, S. 145

6) Der Inhalt des Hauptvertrages muß in seinen wesentlichen Grundzügen schon soweit festgelegt sein, daß sich im Wege ergänzender Vertragsauslegung die restlichen Einzelheiten ermitteln lassen. Vgl. Palandt (Heinrichs) Vorbem. § 145, Anm. 4 b / Erman (Hefermehl) Vorbem. § 145, Rdn. 39 ff / ähnlich Prot. I 178

7) Lukes NJW 1963, 1898 / Bilda DB 1969, 427 / H. Westermann, S. 144 / RG Warn. 1914, Nr. 325. Für eine analoge Anwendung Staudinger (Mayer-Maly) § 315, Rdn. 41 und Erman (Battes) § 315, Rdn. 2

einseitige Vertragsgestaltungsbefugnis spricht, daß die Rechtsfolge, nämlich die Bestimmung der Ersatzregelung durch nur eine Partei, nicht dem erklärten Willen der Vertragspartner entspricht.¹⁾

Demgegenüber stimmt die Interessenlage bei einer Ersetzungsklausel vom Typ 3 mit der für den Vorvertrag typischen überein, weil die Ersetzungsklausel eine Verpflichtung zu einem noch nicht genau bestimmten Vertragsabschluß enthält. Dem Abschluß des Hauptvertrages stehen Hindernisse entgegen; die Parteien wollen aber sofort eine Bindung schaffen, um den späteren Abschluß zu sichern. Es könnte jedoch fraglich sein, ob die Ersetzungsvereinbarung einen schuldrechtlichen Vertrag darstellt; denn nur der Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages kann Gegenstand eines Vorvertrages sein.²⁾ Bilda³⁾ hat sich in diesem Zusammenhang für einen Verfügungscharakter von Anpassungsklauseln⁴⁾ ausgesprochen, weil durch die Anpassungsvereinbarung bestehende Rechte abgeändert würden. Diese Feststellung ist für sich genommen nicht zu beanstanden. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß Verfügungen auch in schuldrechtlichen Verträgen enthalten sein können

1) Die Begründung bei Witte, S. 284, für die Qualifizierung einer solchen Klausel als Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB überzeugt nicht. Nach Witte muß dem Verwender die Rolle zufallen, eine geeignet erscheinende Ersatzregelung vorzuschlagen, weil er die präzisesten Vorstellungen hinsichtlich des wirtschaftlichen Erfolges habe. Der Vertragspartner sei zur Annahme des Vorschlages verpflichtet, soweit die Ersatzbestimmung nicht gegen die §§ 9 - 11 AGBG verstoße. Seine Mitwirkung sei darauf beschränkt, die Beachtung der Wirksamkeitsgrenzen zu fordern.

2) Soergel (Lange/Hefermehl) Vorb. § 145 Rdn. 39 / RGZ 48, 135 / Palandt (Heinrichs) Einf. § 145, Anm. 4 b / BGH NJW 1962, 1812 / Brüggemann JR 1968, 204.
A. A. wohl Henrich, S. 84

3) S. 104 unter Bezugnahme auf Brüggemann JR 1968, 201 ff und Bilda DB 1969, 42

4) Dazu oben B IV 2

bzw. daß Verpflichtung und Verfügung in ein und demselben Tatbestand enthalten sein können. So ist es auch hier; denn die Ersetzung einer unwirksamen Klausel eines schuldrechtlichen Vertrages bedeutet eine Änderung dieses Vertrages und ist deshalb schon per definitionem ebenfalls schuldrechtlicher Natur. Durch die neue Vertragsbestimmung werden neue Ansprüche begründet, ein Umstand, der gerade das Charakteristikum eines Verpflichtungsgeschäftes ausmacht.¹⁾ Es bestehen somit keine Bedenken, eine Ersetzungsklausel vom Typ 3 als Vorvertrag zu charakterisieren.

Nunmehr stellt sich die Frage, ob solche Ersetzungsklauseln den Anforderungen genügen, die an die Bestimmtheit des Vorvertrages gestellt werden oder ob sie - verneinendenfalls - bereits aus diesem Grund als unzulässig zu verwerfen sind. In der Literatur wird die hinreichende Bestimmbarkeit teilweise mit dem Hinweis verneint, daß die allgemein auf den wirtschaftlichen Erfolg der unwirksamen Regelung verweisenden Klauseln den Richter im Streitfall nicht in die Lage versetzen könnten, die vertraglichen Rechte und Pflichten eindeutig festzulegen.²⁾

Diese Auffassung überspannt jedoch die Anforderungen an die Bestimmtheit des Vorvertrages. Mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung dürfte es dem Richter bzw. dem Bestimmungsberechtigten in aller Regel möglich sein, die vorgegebene

1) Medicus AT, Rdn. 207 / Brox AT, Rdn. 101

2) Koch/Stübing § 6, Rdn. 5 / Witte, S. 286 / wohl auch Baumann NJW 1978, 1954

wirtschaftliche Funktion einer unwirksamen Vertragsbestimmung in eine neue Form umzusetzen.¹⁾ Trotz des vorvertraglichen Charakters der Ersetzungsklausel ergeben sich also unter dem Gesichtspunkt mangelnder Bestimmtheit keine Bedenken.

Aus dem vorvertraglichen Charakter folgt, daß beide Parteien bei der Gestaltung der Ersatzbestimmung gleichberechtigt sind. Weder die Offerte noch die Annahme eines Vorschlages ist einem der Beteiligten zugeordnet.²⁾ Wegen der Rechtsfolgen bei nicht gehöriger Erfüllung der Mitwirkungspflicht kann auf die Ausführungen oben B IV 4 a, aa verwiesen werden.

dd) Reduktionsklauseln (Typ 4)

Reduktionsklauseln enthalten in aller Regel einen Maßstab, anhand dessen die Ersetzung vorgenommen werden soll, sei es nun die "Angemessenheit", der "wirtschaftliche Zweck der unwirksamen Bestimmung" oder das rechtlich "Noch-Zulässige" etc. Es fehlt lediglich die Angabe der Person des Bestimmungsberechtigten. Irgendjemand muß aber die Ersatzbestimmung schließlich benennen; denn diese dürfte sich nur in Ausnahmefällen direkt, d. h. ohne einen Gestaltungsakt der Parteien oder eines Dritten, aus der unwirksamen Bestimmung in Verbindung mit der Ersetzungsklausel ergeben. Die Rechts-

1) Für den Fall, daß die Ersetzungsklausel nicht auf die wirtschaftliche Funktion der unwirksamen Vertragsbestimmung Bezug nimmt, vgl. unten B IV 9 b

3) Bruggemann JR 1968, 201. Eine solche Ersetzungsklausel beinhaltet nicht nur die formale Abschlußpflicht, sondern auch wechselbezügliche materielle Vertragsgestaltungspflichten im Vorfeld (Bruggemann a. a. O., S. 203).

folgen der Reduktionsklauseln sind deshalb danach zu bestimmen, wer sich im Wege der Auslegung als Bestimmungsberechtigter ermitteln läßt.¹⁾

ee) Konkrete Ersatzbestimmungen (Typ 5)

Die Typen 1 bis 4 tragen im Regelfall den Charakter einer Rahmenvereinbarung, indem sie sich nicht nur auf einen Anwendungsfall beziehen, sondern als Grundlage jeder Ersetzung dienen, die innerhalb des gesamten Vertragswerkes während seiner gesamten Laufzeit notwendig wird.

Anders die Ersetzungsklausel vom Typ 5, die für den Fall der Unwirksamkeit einer bestimmten Vertragsbestimmung eine konkrete Ersatzbestimmung bereithält. Insoweit handelt es sich um einen Abänderungsvertrag, weil die Parteien bereits durch die Ersetzungsklausel eine uneingeschränkte Bindung eingehen, den Vertrag unter gewissen Voraussetzungen zu ändern. Kennzeichnend ist hier die automatische Anpassungsfolge, d. h. die Ersetzung erfordert nicht die Tätigkeit der Parteien oder eines Dritten.

b) Gesetzesverweisende Klauseln

Diese Klauseln haben keinen bedingten Charakter. Sie verfolgen das Ziel, von vornherein die Verwirklichung des Tatbestandes zu vermeiden, auf dem die Ersetzungsklauseln aufbauen. Ihre Besonderheit gegenüber normalen Vertragsbestimmungen

1) Dazu unten B IV 9 f

liegt lediglich darin, daß sie sich einer Formulierungstechnik bedienen, die durch eine unmittelbare Bezugnahme auf den aus dem geltenden Recht zu entnehmenden Maßstab bewirkt, daß ein inhaltlicher Verstoß gegen das AGBG schon begrifflich ausgeschlossen ist.

Die mit solchen Gestaltungen verfolgten Zwecke werden am besten anhand eines Beispiels klar: Angenommen, eine Vertragsbestimmung hat den Inhalt, daß die Haftung für das Verhalten von Hilfspersonen im kaufmännischen Geschäftsverkehr ausgeschlossen wird, "soweit dies rechtlich zulässig ist". - Obwohl bekanntlich die Frage des Haftungsausschlusses für Hilfspersonen in diesem Bereich kompliziert und weitgehend ungeklärt ist,¹⁾ würde eine solch pauschale Formulierung einerseits sämtliche denkbaren Detailprobleme erfassen und im Interesse des Verwenders lösen. Andererseits würde ein Rechtsverstoß von vornherein vermieden, weil die Bezugnahme auf das "Noch-Zulässige" eine Überschreitung dieser Grenze begrifflich ausschließt. Auf diese Weise könnte bei geringstem Formulierungsaufwand eine maximale Wirkung erzielt werden. Dies zeigt, wie interessant solche Klauseln für den Verwender auf der einen Seite und wie bedenklich sie für seinen Vertragspartner auf der anderen Seite sind.

1) Dazu Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr. 7, Rdn. 29 ff mit Nachweisen zum Streitstand

5. Einbeziehung salvatorischer Klauseln in den Vertrag

Im Rahmen der nachfolgend zu erörternden Bedenken gegen die Wirksamkeit salvatorischer Klauseln in AGB soll - der Systematik des AGBG folgend - zunächst auf die Problematik ihrer Einbeziehung in den Vertrag eingegangen werden.

a) Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme gem. § 2 I Ziff. 2 AGBG

Die in § 2 I Ziff. 2 AGBG vorgesehene Obliegenheit¹⁾ des Verwenders, der anderen Vertragspartei die Möglichkeit zu verschaffen, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen, ist nicht nur formal in dem Sinne zu verstehen, daß es genügt, den äußeren Wortlaut der Bedingungen zugänglich zu machen, sondern sie hat auch eine materiell-inhaltliche Komponente.²⁾

Obwohl dieser Gesichtspunkt in den Gesetzesmaterialien keinen Anklang gefunden hat,³⁾ ergibt er sich doch schon aus dem Wortlaut der Bestimmung;

-
- 1) Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 45 / Staudinger (Schlosser) § 2, Rdn. 26 / Palandt (Heinrichs) § 2, Anm. 3 a. Nach Koch/Stübing § 2, Rdn. 15 handelt es sich um eine Formvorschrift.
- 2) Staudinger (Schlosser) § 2, Rdn. 27 und 29 / Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 50 / Locher § 6, 5 / Stein § 2, Rdn. 22 / Palandt (Heinrichs) § 2, Anm. 3 d / Erman (Hefermehl) § 2, Rdn. 15 / Koch/Stübing § 2, Rdn. 32. A. A. Dietlein/Rebmann § 2, Rdn. 5 / Dittmann/Stahl, Rdn. 241 / Wolf/Horn/Lindacher § 2, Rdn. 27 ff
- 3) Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 7/3919, S. 17 f

denn die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist dort ausdrücklich auf den Inhalt der AGB bezogen. Damit ist nach juristischem wie allgemeinem Sprachgebrauch auch die Verständlichkeit gemeint. Ferner spricht die Funktion der Kenntnisverschaffungsobliegenheit für die Verständlichkeit von AGB als Einbeziehungsvoraussetzung. Diese geht nämlich dahin, den Vertragspartner des Verwenders in die Lage zu versetzen, sich über das Ausmaß der von ihm einzugehenden rechtlichen Bindung sowie den Umfang seiner Rechte und Pflichten zu informieren.

Unverständlichkeit in diesem Sinne liegt dann vor, wenn ein "rechtsunkundiger Durchschnittskunde"¹⁾ nach zumutbaren Anstrengungen aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten nicht versteht, was materiell in den AGB geregelt ist.²⁾ Zu der zumutbaren Anstrengung gehört nicht die Einholung eines sachverständigen Rates Dritter,³⁾ sondern sie erschöpft sich im aufmerksamen Durchlesen der Vertragsbedingungen.⁴⁾

aa) Bei Ersetzungsklauseln

- Dem Vertragspartner des Verwenders kann zunächst unklar sein, ob der Tatbestand der

1) BGH NJW 1981, 867 (868). Zu gruppentypischen Differenzierungen vgl. Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 51

2) Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 51 / Staudinger (Schlosser) § 2, Rdn. 27 und 29 / Stein § 2, Rdn. 22 / Koch/Stübing § 2, Rdn. 32

3) Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 51

4) Zu den Einzelheiten vgl. Staudinger (Schlosser) § 2, Rdn. 27 ff

Ersetzungsklausel erfüllt ist, d. h. ob eine Vertragsbestimmung unwirksam oder nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Es stellt sich für ihn dann die Frage, ob die ursprünglich vereinbarten Vertragsbedingungen oder diejenigen gelten, die durch die Ersetzungsklausel Vertragsinhalt werden können. Die insoweit auftretende Verständnisschwierigkeit wird aber nicht durch die Ersetzungsklausel hervorgerufen; denn die Frage, ob bestimmte Vertragsbestimmungen nichtig sind oder aus sonstigen Gründen nicht Bestandteil des Vertrages werden können, stellt sich auch dann, wenn eine Ersetzungsklausel nicht vorhanden ist.¹⁾

- Eine im Rahmen des § 2 I Ziff. 2 AGBG relevante Unverständlichkeit könnte aber darin begründet liegen, daß der Vertragspartner sich nicht in der Lage sieht zu bestimmen, welche Regelung gilt, wenn der Tatbestand der Ersetzungsklausel erfüllt ist; denn das Verständlichkeitsgebot des § 2 I Ziff. 2 AGBG gilt auch für die Ersatzregelungen, weil diese, ebenso wie die primären Vertragsbestimmungen, zum Inhalt des Vertrages gehören.²⁾

Jedoch ist zu beachten, daß eine Vertragsbestimmung immer nur insoweit verständlich sein muß bzw. kann, wie sie überhaupt existent, d. h. ausdrücklich formuliert ist; denn es kann nur dasjenige auf seine Verständlichkeit überprüft werden, was inhaltlich irgendwie festgelegt ist.

Aus dieser lapidar klingenden Feststellung folgt, daß der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, der nach allgemeiner Auffassung für die Anwendung des § 2 I Ziff. 2 AGBG maßgeblich ist,³⁾ für die Ersatzbestimmungen nicht zugrunde gelegt werden kann, die

1) So auch Witte, S. 288, der von "Wirksamkeitstransparenz" spricht, die vom AGBG nicht gefordert werde.

2) Witte, S. 297, FN 22

3) Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 48 und 55/Dietlein/Rebmann § 2, Rdn. 5 / Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 2, Rdn. 20 / Koch/Stübing § 2 Rdn. 40/Stein § 2, Rdn. 26.

A. A. mit Rücksicht auf einige hier nicht interessierende Sonderfälle Staudinger (Schlosser)

§ 2, Rdn. 33 m. w. N.

erst nachträglich durch die Ausübung eines Gestaltungsrechts (Typ 1 und 2), durch Parteivereinbarung (Typ 3) oder durch eine Reduktion (Typ 4) entstehen. Man kann insoweit nicht einwenden, die Ersatzbestimmungen seien bereits bei Vertragsabschluß bedingt existent; denn zu diesem Zeitpunkt liegt eine konkrete Fassung noch nicht vor, so daß man von einer Existenz im Sinne des § 2 AGBG überhaupt nicht sprechen kann. Die Überlegung, daß eine in AGB überhaupt nicht ausdrücklich enthaltene Regelung von Kunden erst recht nicht erfaßt werden kann, greift nicht durch; denn es liegt in der Natur der Sache, daß die Ersatzklauseln - mit Ausnahme des Typs 5 (konkrete Ersatzbestimmungen) - zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht formuliert und damit noch nicht verstehbar sind. Die Forderung nach einer Einbeziehung der Ersatzklauseln zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wäre schon aus logischen Gründen verfehlt. Zusätzlich zu dieser dogmatischen Überlegung ist darauf hinzuweisen, daß der Vertragspartner in jedem Fall rechtzeitig von der Neufassung der AGB erfährt, weil diese erst mit ihrer Bekanntgabe Wirksamkeit zu entfalten vermag.¹⁾ Auf etwaige Bedenken gegen den Inhalt der Neufassung kann sich der Vertragspartner im Rahmen des § 2 I 2 AGBG nicht berufen, weil bereits die für ihn ungünstigere Ursprungsfassung wirksam einbezogen worden war.²⁾ Geringfügige Abweichungen sind vom generellen Einverständnis bei Vertragsabschluß umfaßt.³⁾

1) Witte, S. 297 f

2) Eine ähnliche bedingte Geltungsanordnung findet sich in § 1 II VOB/B. Diese Regelung wird allgemein für zulässig gehalten, obwohl es sich mindestens um einen Grenzfall handeln dürfte. Vgl. dazu Heiermann DB 1977, 1737 / Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 11 / Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 8 / Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 38, FN 94

3) Witte, S. 298

Für die Beteiligten treten bei Vertragsabschluß keine Unklarheiten bzw. Unverständlichkeiten hinsichtlich des gegenwärtigen Vertragsinhalts auf. Dieser besagt lediglich, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Art und Weise eine Ersetzung stattfinden wird. Dieser Inhalt ist knapp, und er mag den Vertragspartner unangemessen benachteiligen, unklar ist er aber keineswegs. Zwar ist es für den Vertragspartner mißlich, sich in bezug auf einen zukünftigen und insoweit ungewissen Vertragsinhalt bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verpflichten zu müssen. Bei den Ersetzungsklauseln der Typen 1 bis 3 (Bestimmung der Ersatzregelung obliegt dem Verwender, einem Dritten oder ist einer Einigung der Parteien vorbehalten) liegt es jedoch in der Natur der Sache, daß der Partner in diesem Zeitpunkt noch nicht weiß, welchen Inhalt die Ersatzbestimmung haben wird, weil deren Ausgestaltung von der zukünftigen Willensbetätigung einer anderen Person abhängig ist, für die regelmäßig ein Entscheidungsspielraum besteht. Der Vertragspartner weiß nur, daß sich die Neuregelung an der wirtschaftlichen Funktion der Ursprungsfassung orientieren wird und in ihrem Ausmaß hinter dieser zurückbleiben wird. Diese "Sachgesetzlichkeit" allein kann aber nicht dazu führen, daß derartige Ersetzungsklauseln nicht Vertragsbestandteil werden können; denn aus der Vorschrift des § 10 Ziff. 4 AGBG - die in bestimmten Ausnahmefällen eine Änderung des vertraglichen Leistungsinhalts zuläßt - ist zu entnehmen, daß Unbestimmtheiten, die auf einer nachträglichen Änderungsbefugnis beruhen, nicht zu

einem Scheitern der Einbeziehung in den Vertrag führen müssen.

Die Geltung von Ersetzungsklauseln der Typen 1 bis 3 scheitert somit nicht an dem Erfordernis der Einbeziehung in den Vertrag gem. § 2 I Ziff. 2 AGBG.¹⁾

- Liegt eine Reduktionsklausel vor (Typ 4), stellt sich für den Vertragspartner des Verwenders die für einen rechtsunkundigen Durchschnittskunden kaum zu beantwortende Rechtsfrage, wo in dem betreffenden Rechtsbereich die Grenzlinie des "Noch-Zulässigen" verläuft. Damit scheinen die oben²⁾ aufgestellten Voraussetzungen erfüllt, bei denen eine Einbeziehung von Ersatzklauseln abzulehnen ist.

Andererseits ist jedoch zu beachten, daß der Vertragspartner zumindest den Maßstab kennt, mit dem die Ersatzregelung zu ermitteln ist.³⁾ Im Regelfall ist dies die wirtschaftliche Funktion der unwirksamen Bestimmung.⁴⁾ Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, daß auch die Anwendung der gesetzlichen Regelung des § 6 II AGBG für den rechtsunkundigen Vertragspartner kaum zu durchschauen ist. So erfordert eine Lückenausfüllung nach

1) So im Ergebnis auch Garrn JA 1981, 154, der jedoch zur Begründung darauf verweist, daß der Verwender anderenfalls gezwungen sei, für alle möglicherweise unwirksamen Bestimmungen konkrete Ersatzregelungen in seine AGB aufzunehmen. Dem Verwender dürfe nicht die Möglichkeit genommen werden, bei der Festlegung gerechter Ersatzbestimmungen fallspezifische Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

2) Oben S. 69 f

3) Witte, S. 293

4) Dazu unten B IV 9 b

dieser Vorschrift die Auseinandersetzung mit Rechtsfragen, wie beispielsweise: Kann die unwirksame Bestimmung ersatzlos entfallen, oder ist eine Neuregelung erforderlich? Kann das Recht eines verwandten Vertragstyps zur Lückenausfüllung herangezogen werden? Welche Gesichtspunkte sind bei der ergänzenden Auslegung zu beachten? Diese Fragen sind aber häufig genauso schwer zu beantworten wie diejenige, die sich im Falle einer Reduktionsklausel stellt, so daß sich unter dem Gesichtspunkt der Verständlichkeit für den Vertragspartner keine Schlechterstellung gegenüber der gesetzlichen Regelung ergibt.

Deshalb bestehen im Hinblick auf das Verständlichkeitsgebot des § 2 I Ziff 2 AGBG keine Bedenken gegen die Einbeziehung von Ersetzungsklauseln in den AGB-Vertrag.

bb) Gesetzesverweisende Klauseln

Gesetzesverweisende Klauseln sind wegen ihrer häufig recht weiten und pauschal gefaßten Formulierung gerade im Hinblick auf das Verständlichkeitsgebot des § 2 I Ziff. 2 AGBG besonders problematisch.

Bisweilen fehlt es ihnen sogar an einem erkennbaren Regelungsgehalt im Sinne des § 1 AGBG.¹⁾ Dies ist dann der Fall, wenn die Bezugnahme derart global gefaßt ist, daß sich mehrere rechtlich gleichwertige, aber inhaltlich verschiedene Möglichkeiten anbieten, die Verweisung auszufüllen, so daß letztlich offen bleibt, was eigent-

1) Löwe BB 1979, 1319

lich gelten soll. Es wäre beispielsweise unmöglich, eine salvatorische Klausel sachgerecht auszufüllen, mit der die Haftung ausgeschlossen sein soll, soweit dies rechtlich zulässig ist; denn diese Formulierung läßt nicht erkennen, ob die Einschränkung nur für verschiedene Verschuldensgrade, hinsichtlich anderer Haftungsvoraussetzungen oder in bezug auf die Haftungshöhe gelten soll. In solchen Fällen stellt sich die Frage der wirksamen Einbeziehung der Klausel in den Vertrag erst gar nicht, weil schon der Begriff der "Vertragsbestimmung" nicht erfüllt ist.

- Im Hinblick auf § 2 I Ziff. 2 AGBG herrscht in Rechtsprechung und Literatur weitgehend Einigkeit darüber, daß gesetzesverweisende Klauseln im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr dann nicht Vertragsbestandteil werden können, wenn die Rechtslage klar und es dem Verwender möglich und zumutbar ist, eine konkrete Ausformulierung der Vertragsbedingungen vorzunehmen.¹⁾ Die Unverständlichkeit rührt hier daher, daß der rechtsunkundige Durchschnittskunde die in Bezug genommene Rechtslage eben nicht überblickt. Dies ist nicht verwunderlich, da salvatorische Klauseln

1) OLG Stuttgart NJW 1981, 1106 / Garrn JA 1981, 156 / Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 53 / Schlosser WM 1978, 569 und in Staudinger § 2, Rdn. 29 und § 11 Nr. 7, Rdn. 28 / Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 9 / Palandt (Heinrichs) Vorb. v. § 8, Anm. 3 b / Bunte HB II J 4 / Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 16 und § 2, Rdn. 27 / Witte, S. 302 ff. Nach MK (Kötz) § 6, Rdn. 13 soll die Einbeziehung nur dann scheitern, wenn der Verwender von der Eindeutigkeit der Rechtslage gewußt oder sich einer entsprechenden Einsicht verschlossen hat. Keine grundsätzlichen Bedenken haben offenbar Thümmel/Oldenburg BB 1979, 1068

typischerweise bei unklarer Rechtslage verwendet werden. Durch einen Blick ins Gesetz kommt der Kunde in diesen Fällen nicht weiter. Bei objektiv klarer Rechtslage bewirkt eine gesetzesverweisende Klausel eine Verunsicherung des Vertragspartners,¹⁾ der in Anbetracht einer solchen Verweisung den Eindruck gewinnen könnte, die Rechtslage hinsichtlich des betreffenden Vertragspunktes sei objektiv unklar. Schlosser²⁾ beschreibt den Inhalt einer solchen Klausel sehr anschaulich, indem er ihr folgende Erklärung des Verwenders an dessen Vertragspartner entnimmt: "Ich will die Möglichkeiten des AGBG in vollem Umfang ausschöpfen, ermittle bitte selbst, was dies inhaltlich bedeutet."

Nach zutreffender Auffassung ist eine Unverständlichkeit sogar schon dann anzunehmen, wenn auf ganz bestimmte, in sich verständliche Gesetzesbestimmungen Bezug genommen wird.³⁾ Zur Begründung kann eine Parallele zum Problem der Verweisung auf andere Bedingungswerke gezogen werden. Dort ist nämlich allgemein anerkannt, daß auch diese dem Bekanntmachungserfordernis

1) MK (Kötz) § 6, Rdn. 13 / Witte, S. 306

2) WM 1978, 569

3) Staudinger (Schlosser) § 2, Rdn. 29 /
LG Essen NJW 1957, 1560

unterliegen.¹⁾ Diese Lösung läuft zwar im Ergebnis auf eine dem AGBG im Grundsatz fremde Belehrungspflicht des Verwenders hinaus,²⁾ die Sanktion der Nichteinbeziehung der betreffenden Klauseln wird jedoch vom Schutzzweck des § 2 I Ziff. 2 AGBG geboten.³⁾

Bei alledem ist aber zu beachten, daß unter dem Wertungsgesichtspunkt der Zumutbarkeit Einschränkungen bzw. Ausnahmen von dem Grundsatz der Nichteinbeziehung gesetzesverweisender Klauseln denkbar sind. Beispielsweise kann eine Verweisung im Einzelfall primär der übersichtlichen Gestaltung dienen, indem auf diese Weise eine ausufernde Darstellung von Randbereichen einer Regelung vermieden wird.⁴⁾

1) Staudinger (Schlosser) § 2, Rdn. 30 / Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 2, Rdn. 13 / MK (Kötz) § 2, Rdn. 11 / Teilbericht I der Arbeitsgruppe beim BMJ, S. 43 / LG München I ZIP 1980, 992 bestätigt durch OLG München AGBE II § 2, Nr. 4 / Wolf/Horn/Lindacher § 2, Rdn. 26.
Eine bemerkenswerte Ausnahme bildet § 1 II VOB/B (vgl. dazu schon oben B IV 5 a, aa, S. 72, FN 3). Daß diese Regelung allgemein für zulässig gehalten wird, dürfte historisch zu erklären sein. Außerdem verfährt die Rechtsprechung bei der Inhaltskontrolle von Bedingungswerken, an deren Aufstellung die beteiligten Verkehrskreise mitgewirkt haben, im allgemeinen großzügiger als bei "einseitigen AGB" (BGH NJW 1983, 818).

2) Ausnahme ist insoweit nur § 11, Ziff. 10 b AGBG.

3) MK (Kötz) § 6, Rdn. 13

4) Staudinger (Schlosser) § 11 Nr. 7, Rdn. 29 / MK (Kötz) § 6, Rdn. 13

- Bezieht sich die Verweisung auf eine Rechtslage, die objektiv unklar ist, nimmt die Unverständlichkeit der Klausel erheblich zu, so daß selbst ein juristisch geschulter Vertragspartner häufig nicht in der Lage sein wird, die sich für ihn aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten mit letzter Sicherheit zu bestimmen. Aus diesem Umstand allein kann aber nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß gesetzesverweisende Klauseln bei objektiv unklarer Rechtslage erst recht nicht wirksam in den Vertrag einbezogen werden können;¹⁾ denn der Wertungsgesichtspunkt der Zumutbarkeit verlangt eine umfassende Berücksichtigung der beteiligten Interessen.

Insoweit wird darauf hingewiesen, daß für den Verwender in diesen Fällen ein besonderes Bedürfnis für die Verwendung gesetzesverweisender Klauseln bestehe.²⁾ In der Tat ist für ihn eine optimale Ausnutzung seiner Rechtsposition ohne gesetzesverweisende Zusätze kaum möglich. Die Gefahr der Teilnichtigkeit wird ihn veranlassen, solche Gestaltungen zu wählen, die einer gerichtlichen Prüfung in jedem Fall standhalten werden. Dieses Bedürfnis wird von der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt und infolgedessen die wirksame Einbeziehung gesetzesverweisender Klauseln bei unklarer Rechtslage bejaht.³⁾ Bunte⁴⁾ sieht die

1) Bunte NJW 1981, 2657 (2661) hält dies für inkonsequent.

2) Schlosser WM 1978, 569

3) OLG Stuttgart NJW 1981, 1106 / LG Mönchengladbach WM 1981, 288 f mit zustimmender Anmerkung von Stützle, 289 f / Bunte HB II J 4 und NJW 1981, 2661 / Thümmel/Oldenburg BB 1979, 1068 / Rehbein DB 1977, 1351 / Dirichs WM 78, 627 f

4) NJW 1981, 2661

Einbeziehung gesetzesverweisender Klauseln darüber hinaus durch eine alte höchst-richterliche Rechtsprechung legitimiert, nach der zu weitgefaßte Klauseln durch eine einschränkende Auslegung auf einen unbedenklichen Teilgehalt reduziert wurden.¹⁾ Nach Garrn²⁾ und Witte³⁾ können gesetzesverweisende Zusätze dagegen unter keinen Umständen Vertragsinhalt werden.

Die letztgenannte Auffassung ist abzulehnen. Unter dem im Rahmen des § 2 I Ziff. 2 AGBG maßgeblichen Beurteilungskriterium der Zumutbarkeit sind immer Einzelfälle denkbar, in denen die Interessenabwägung die Verwendung einer gesetzesverweisenden Klausel rechtfertigt.

Damit verbleibt die Frage, ob mit der h. M. vom Grundsatz der Einbeziehungsfähigkeit solcher Klauseln auszugehen ist oder ob ihr Anwendungsbereich auf Ausnahmefälle zu beschränken ist. Die Argumente der h. M. vermögen nicht zu überzeugen. Das insoweit ins Feld geführte Bedürfnis des Verwenders nach einer vollen Ausschöpfung seiner Rechtsposition ist zwar legitim und wird allgemein anerkannt, jedoch geht es hier um die weitere Frage, ob es dem Schutzzweck des AGBG entspricht, dieses Bedürfnis in der Weise verfolgen zu können, daß die Gefahr der Nichteinbeziehung vollständig ausgeschaltet ist. Dies ist indessen nicht der Fall, weil das Nichteinbeziehungsri-

1) Vgl. dazu oben B I 1

2) JA 1981, 156

3) S. 302 ff

siko eine entscheidende Handhabe ist, um die vom Gesetzgeber angestrebte Bereinigung der AGB-Praxis zu erreichen. Es kann auch nicht als unbillig empfunden werden, daß derjenige, der alle rechtlichen Möglichkeiten zu seinen Gunsten und zu Lasten des Vertragspartners voll ausschöpfen will, auch mit einem entsprechenden Risiko belastet ist. Schließlich geht auch der Hinweis Buntes¹⁾ auf eine verwandte Rechtsprechungs-tradition fehl. Zum einen war diese Rechtsprechung uneinheitlich und methodisch nicht haltbar,²⁾ und zum anderen sind die Anforderungen an die dem Verwender obliegende Kenntnisverschaffungspflicht durch das AGBG verschärft worden,³⁾ so daß die zur alten Rechtslage ergangenen Urteile kaum noch verwertbar sein dürften. Schließlich ist gegen die h. M. einzuwenden, daß Unklarheiten der Rechtslage nicht einseitig zu Lasten des Vertragspartners gehen dürfen.⁴⁾ Dessen Informationsnachteil fällt nämlich durch solche Ausgestaltungen noch stärker ins Gewicht. Der h. M., die gesetzesverweisende Klauseln immer dann für zulässig erachtet, wenn die Rechtslage objektiv unklar ist, kann daher nicht gefolgt werden.

In der Literatur wird jedoch auch eine vermittelnde Auffassung vertreten. So wollen einige Autoren die wirksame Einbeziehung gesetzesverweisender Klauseln auf solche Ausnahmefälle beschränken, in denen ihre Verwendung der Vermeidung eines unübersichtlichen Ausmaßes an Differen-

1) NJW 1981, 2661

2) Siehe oben B I 1

3) Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 9 und 20

4) Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 53 /
Witte, S. 306

zierungen in bestimmten Einzelpunkten dient.¹⁾
Zur Begründung wird angeführt, daß die Verwendung gesetzungsverweisender Zusätze in diesen Fällen zu einer übersichtlichen Gestaltung der AGB beitragen würde, so daß der Vertragspartner sich den Inhalt leichter einprägen könne.²⁾

Dem ist Witte³⁾ zu Recht mit dem Argument entgegengetreten, daß es dem Kunden nicht darum gehe, sich den Inhalt der AGB einprägen zu können. AGB würden in der Praxis entweder nur kurz durchgelesen oder sogleich abgeheftet.⁴⁾ Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß die Gebote der inhaltlichen Klarheit und der äußeren Übersichtlichkeit im Einzelfall gelegentlich widerstreben.⁵⁾ So kann der Verwender beispielsweise vor der Alternative stehen, entweder alle Eventualitäten, die zur Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses führen könnten, zu bedenken und in das Bedingungsmerk aufzunehmen oder sich allgemeiner Formulierungen mit salvierenden Zusätzen zu bedienen. Daß dieser Konflikt nicht immer zu Gunsten der inhaltlichen Klarheit zu lösen ist, folgt aus § 2 I AGBG;⁶⁾ denn es ist allgemein anerkannt, daß AGB auch dann nicht Vertragsbestandteil werden, wenn die Kenntnisnahme von ihrem Inhalt aus Gründen der äußeren Gestaltung - wie z. B. ein unerträglicher Umfang - nicht zumutbar ist.⁷⁾ Wo diese Grenze überschritten

1) Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 53 / Staudinger (Schlosser) Einleitung zu §§ 8 - 11, Rdn. 15 und WM 1978, 569 / Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 9

2) Schlosser WM 1978, 569

3) S. 307

4) Witte, S. 307

5) Staudinger (Schlosser) § 11 Nr. 7, Rdn. 29

6) Dies ist der dogmatische Ansatzpunkt, den Witte, S. 307 vermißt hat.

7) Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 52 / Staudinger (Schlosser) § 2, Rdn. 28 / Erman (Hefermehl) § 2, Rdn. 15 / MK (Kötz) § 2, Rdn. 14 / Palandt (Heinrichs) § 2, Anm. 3 c

wird, kommen salvierende Zusätze als Gestaltungsmittel in Betracht.

Als Ergebnis bleibt damit festzuhalten, daß gesetzesverweisende Klauseln im Regelfall nicht wirksam in den Vertrag einbezogen werden können. Ausnahmen sind jedoch insbesondere dann gerechtfertigt, wenn die Klausel bei objektiv unklarer Rechtslage eingesetzt wird.

b) Salvatorische Klauseln als überraschende Klauseln gem. § 3 AGBG

Eine salvatorische Klausel wird nach § 3 AGBG dann nicht Vertragsbestandteil, wenn sie im Hinblick auf die konkreten Umstände des Vertragsschlusses - wie beispielsweise den Gegenstand des Geschäfts, Aufmachung, Anordnung und Schriftbild des Vertragstextes¹⁾ - für den Kunden überraschend ist, d. h. er in Anbetracht der durch diese Umstände begründeten Erwartung mit einer solchen Klausel nicht zu rechnen brauchte.²⁾

Wegen des normativen Elements dieser Begriffsbestimmung kann eine objektiv geringe Verwendungshäufigkeit der betreffenden Klausel allein den überraschenden Charakter nicht begründen. Andererseits ist eine große Verwendungshäufigkeit aber auch nicht notwendige Voraussetzung des Überraschungsmoments; denn eine an sich geschäftsübliche Regelung kann im konkreten Einzelfall - z. B. aufgrund eines täuschenden Werbeverhaltens, der Unterbringung der Klausel an unerwarteter Systemstelle etc. - durchaus überraschend sein.³⁾ Dennoch muß aber die ob-

1) Regierungsbegründung BT-Drucks. 7/3919, S. 19

2) Ulmer/Brandner/Hensen § 3, Rdn. 11 / Staudinger (Schlosser) § 3, Rdn. 6 ff / BGH NJW 1978, 1519

3) Wolf/Horn/Lindacher § 3, Rdn. 14 / Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 3, Rdn. 10

jektive Verwendungshäufigkeit Ausgangspunkt jeder Subsumtion nach § 3 AGBG sein, weil sie die Prüfung des normativen Elements beeinflusst; d. h. je größer die objektive Verwendungshäufigkeit, umso größer sind auch die Anforderungen an die Umstände des Einzelfalles, aus denen der überraschende Charakter hergeleitet werden soll.

aa) Grundsatz

Es gibt keine empirischen Daten über die Verwendungshäufigkeit salvatorischer Klauseln in AGB oder in Individualverträgen.¹⁾ Die wenigen Stellungnahmen in der Literatur sind recht allgemein gehalten und im Ergebnis zum Teil divergierend,²⁾ was maßgeblich darauf zurückzuführen ist, daß das "Abstraktionsniveau der Vergleichsbasis"³⁾ nicht einheitlich festgelegt wird, d. h. daß zur Beurteilung der Ungewöhnlichkeit einer Klausel nicht immer die gleiche Vergleichsgruppe herangezogen wird.⁴⁾ Jedoch dürfte die Verwendungshäufigkeit salvatorischer Klauseln jedenfalls so groß sein, daß ihre Einbeziehung im Regelfall nicht an § 3 AGBG scheitern kann. Insoweit ist zunächst darauf hinzu-

1) Auch diese gehören zur Vergleichsbasis, vgl. Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 8.

2) Nach Schlosser WM 1978, 569 / Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 20 und H. Westermann, S. 135 sind salvatorische Klauseln häufig anzutreffen, nach Willenbruch BB 1981, 1976 sind zumindest gesetzesverweisende Klauseln in der Praxis ungewöhnlich.

3) Staudinger (Schlosser) § 3, Rdn. 8

4) Wird beispielsweise die Gewährleistung für die Reparatur antiker Uhren geregelt, stellt sich die Frage, ob als Vergleichsbasis das Werkvertragsrecht des BGB, das Werkvertragsrecht in AGB, das Werkvertragsrecht in AGB bei der Reparatur von Maschinen oder von Uhren oder gar von antiken Uhren zugrunde zu legen ist.

weisen, daß salvatorische Klauseln nicht vertragstypenspezifisch verbreitet sind, sondern in sehr verschiedenartigen Verträgen und in allen Rechtsgebieten verwendet werden. Ihre Verwendung nimmt mit der fortschreitenden Verästelung des AGB-Rechts stetig zu, weil die Verwender darum bemüht sind, ihre Bedingungen auch in den Grauzonen "wasserdicht" zu machen und salvatorische Klauseln oft als einzig praktikabler Lösungsweg erscheinen. Die verstärkte Behandlung dieser Klauseln in Literatur und Rechtsprechung in den letzten Jahren bestätigt diese Entwicklung. Ferner sind salvatorische Klauseln in vielen praktisch bedeutsamen Bedingungswerken enthalten,¹⁾ denen für viele Bereiche eine richtungsweisende Bedeutung zukommt und die insoweit von der Rechtsprechung noch nie beanstandet worden sind.²⁾

Es kommt hinzu, daß der Inhalt salvatorischer Klauseln nicht überraschend ist,³⁾ weil das Bestreben des Verwenders, die eigene Rechtsposition zu verbessern und den Rahmen des nach den §§ 9 - 11 Zulässigen voll auszuschöpfen (gesetzesverweisende Klauseln), für AGB geradezu typisch ist.⁴⁾ Auch der Vorbehalt, unwirksame

-
- 1) Z. B. Ziff. 10 der AGB der Banken / § 9 III der Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Einheits-Architektenvertrag / Nr. VII 8 der Allgemeinen Bedingungen für Lieferungen von Maschinen für Inlandsgeschäfte / Nr. II 4.6 der Allgemeinen Geschäfts-, Liefer- und Zahlungsbedingungen für das Radio- und Fernsehhandwerk (Fundstellen siehe oben B IV 1, S.40)
 - 2) Kritisch zu Ziff. 10 der AGB der Banken: Canaris, Bankvertragsrecht, Rdn. 2597 / v. Westphalen WM 1978, 1414. Keine Benken haben offenbar; Dirichs WM 1978, 627 / Rehbein DB 1977, 1351 / MK (Hanau) § 276, Rdn. 191
 - 3) Witte, S. 308
 - 4) Ulmer Referat, S. H 22 m. w. N.

Vertragsbestimmungen durch wirksame zu ersetzen (Ersetzungsklauseln), gehört zu den im Vertragsrecht häufig eingeschlagenen Wegen, um Einfluß auf die Rechtsfolgenbestimmung zu nehmen.¹⁾

Salvatorische Klauseln haben auch keine Ähnlichkeit mit den typischen Fallgruppen,²⁾ die von der "Überraschungsklauselrechtsprechung"³⁾ entwickelt worden sind. Schließlich geben einige Formulierungen in den Gesetzesmaterialien zu erkennen, daß § 3 AGBG restriktiv angewendet werden soll.⁴⁾ So heißt es in der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung:⁵⁾ "Sind AGB ... ganz ungewöhnlich, so soll der Vertragspartner ... an sie nicht gebunden sein." An gleicher Stelle heißt es weiter, daß § 3 AGBG nur dann eingreifen soll, "wenn eine AGB ... so ungewöhnlich ist, daß ein Kunde mit ihr nicht rechnen kann".⁶⁾

Aus alledem folgt, daß salvatorische Klauseln aufgrund ihrer großen Verwendungshäufigkeit und aufgrund ihres für AGB typischen Regelungsgehalts nur ausnahmsweise, und zwar aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles als überraschend im Sinne des § 3 AGBG angesehen werden können.⁷⁾

1) Witte, S. 298

2) Dazu Ulmer/Brandner/Hensen § 3, Rdn. 26 ff

3) Thümmel/Oldenburg BB 1979, 1068

4) So auch Stein § 3, Rdn. 3 / Ulmer/Brandner/Hensen § 3, Rdn. 13

5) BT-Drucks. 7/3919, S. 19

6) Die Unterstreichungen sind Hervorhebungen des Verfassers.

7) So im Ergebnis auch Lindacher BB 1983, 159 / Thümmel/Oldenburg BB 1979, 1068 / Willenbruch BB 1981, 1976 / Witte, S. 288, 293, 298 u. 308. A. A. Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 11 / Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 12, die ein generelles Scheitern an § 3 AGBG annehmen.

bb) Ausnahmen

In welchen Einzelfällen eine andere Beurteilung Platz greift, ist in abstracto schwer zu bestimmen. Es dürfte sich dabei aber typischerweise um solche AGB handeln, deren äußeres Erscheinungsbild darauf angelegt ist, die Bedeutung der salvatorischen Klausel für die Rechtsbeziehung der Vertragsbeteiligten zu verdecken. Dies dürfte allerdings nur bei gesetzesverweisenden Klauseln vorkommen können, und zwar in dem Sonderfall, daß die Rechte des Vertragspartners des Verwenders in detaillierter Form, jedoch ohne Ausschöpfung des insoweit bestehenden Gestaltungsspielraums eingeschränkt würden und sich anschließend eine gesetzesverweisende Klausel fände, nach der die Rechte des Kunden auch über den Rahmen der vorstehenden Paragraphen hinaus abbedungen würden, soweit dies rechtlich zulässig sei. Auf diese Weise würden die konkreten und detaillierten Bestimmungen des Vertrages mit einem Satz relativiert. Entgegen dem äußeren Anschein¹⁾ ergäben sich die Rechte des Kunden nicht aus den diesbezüglichen Detailregelungen, sondern aus der salvatorischen Klausel in Verbindung mit den zwingenden Vorschriften der allgemeinen Rechtsordnung. Insoweit würde es sich um einen eindeutigen Mißbrauchsfall handeln und müßte schon die Einbeziehung nach § 3 AGBG verneint werden.

Bei Ersetzungsklauseln hingegen ist ein überraschender Charakter auch nicht in Ausnahmefällen denkbar; denn allein die Tatsache der Ersetzung einer unwirksamen oder nicht Vertragsbestandteil gewordenen Bestimmung, abweichend

1) Dieser Aspekt, der schon im Wortlaut des § 3 AGBG verankert ist, wird in Rechtsprechung und Literatur besonders hervorgehoben (vgl. BGH BB 1979, 699 / Bunte HB II G 1, S. 131).

von § 6 II AGBG, ist weder objektiv ungewöhnlich, noch dürfte sie dem Erwartungshorizont des Kunden widersprechen. Dieser wird sich in aller Regel über die Unwirksamkeit bestimmter Vertragsklauseln keine Gedanken machen, so daß es nicht zu einer Diskrepanz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit kommen kann. Soweit dies ausnahmsweise doch der Fall sein sollte, ist darauf hinzuweisen, daß sich der überraschende Charakter einer Vertragsbestimmung nicht nach den Erkenntnismöglichkeiten des konkret betroffenen Kunden richtet, sondern anhand eines generell-konkreten Maßstabes zu ermitteln ist; d. h., daß in der konkreten Situation die Erkenntnismöglichkeiten des für derartige Verträge typischerweise zu erwartenden Kundenkreises zugrunde zu legen sind.¹⁾ Unter Zugrundelegung einer solchen typisierenden Betrachtungsweise muß aber mit einer Ersetzungsklausel gerechnet werden, weil von dem Bestreben des Verwenders auszugehen ist, die Bedingungen rechtswirksam und möglichst vorteilhaft zugleich auszugestalten.

Ein überraschender Charakter kann sich schließlich auch nicht aus dem Inhalt der Ersatzregelung ergeben, weil dieser sich am Inhalt der ursprünglichen Vertragsbestimmung orientiert.²⁾ Damit wird das im Rahmen einer Ersetzung "Erwartbare" nicht verfehlt.³⁾

1) Ulmer/Brandner/Hensen § 3, Rdn. 13 / MK (Kötz) § 3, Rdn. 5 / Dietlein/Rebmann § 3, Lanrenz AT § 29 a I / BGH NJW 1977, 195 und 1981, 118.
A. A. Staudinger (Schlosser) § 3, Rdn. 13 / Koch/Stübing § 3, Rdn. 7 / OLG Frankfurt DB 1981, 1459

2) Siehe unten B IV 9 b

3) So auch Witte, S. 298

6. Materiell-rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit salvatorischer Klauseln

Nach der Einbeziehung salvatorischer Klauseln in den Vertrag stellt sich die Frage nach den materiell-rechtlichen Bedenken gegen ihre Wirksamkeit.

a) Zwingender Charakter des § 6 II AGBG

Bei der Untersuchung dieser Frage. stößt man zunächst auf § 6 II AGBG, weil die Ersetzungsklauseln von der Rechtsfolgeanordnung dieser Vorschrift abweichen. Dies wäre dann unzulässig, wenn § 6 II AGBG zwingendes Recht wäre:

Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen zwingenden oder dispositiven Charakter. § 6 II AGBG enthält keines der Worte, durch die gelegentlich auf die Intensität der Rechtsgeltung einer gesetzlichen Bestimmung - z. B. als Muß- oder Sollvorschrift - hingewiesen wird.

Auch aus der Entstehungsgeschichte läßt sich ein zwingender Charakter nicht entnehmen. In der Begründung zu § 5 des Regierungsentwurfs¹⁾ heißt es: "Dem Grundgedanken, daß der Vertrag mit einem von der Rechtsordnung gebilligten Inhalt aufrechterhalten bleibt, entspricht es, daß an die Stelle der mißbilligten Klausel das

1) Die Vorschrift entspricht weitgehend dem heutigen § 6 AGBG.

durch sie verdrängte Gesetzesrecht tritt."¹⁾
Diesem Grundgedanken kann aber ebenso gut durch eine abweichende Parteivereinbarung Rechnung getragen werden, soweit diese sich in den Grenzen der Rechtsordnung hält.

Aus einer anderen Passage der Begründung des Regierungsentwurfs ergeben sich sogar gewisse Anhaltspunkte für eine vom Gesetzgeber gewollte Dispositivität: "Als Grundsatz will die Regelung - des § 5²⁾ - den Vertrag bei Unwirksamkeit einzelner AGB-Klauseln ... in größtmöglichem Umfang aufrechterhalten. Das entspricht nicht nur dem regelmäßigen Parteiwillen, sondern auch dem Sinn und Zweck der richterlichen Inhaltskontrolle, Auswüchse in den AGB auf ein vertretbares Maß zurückzuführen."³⁾ Es geht dem Gesetzgeber also nicht um eine schematische Anwendung dispositiven Rechts, sondern um eine am Einzelfall orientierte Anpassung, die den Vertragszusammenhang und den Parteiwillen vorrangig berücksichtigt, indem sie Korrekturen nur dann und insoweit anbringt, als dies zwingend geboten ist. Das gesetzgeberische Ziel der Aufrechterhaltung des Vertrages "in größtmöglichem Umfang" sowie das der Zurückführung der Auswüchse in AGB auf ein "vertretbares Maß" wird durch die Zulassung salvatorischer Klauseln nur gefördert; denn diese dienen ja gerade der

1) BT-Drucks. 7/3919, S. 21. Eine ähnliche Formulierung findet sich in der Begründung zu § 10 des Referentenentwurfs in BB 1974, Beilage 18, S. 21 f

2) Vom Verfasser eingefügt. Die Vorschrift entspricht weitgehend dem heutigen § 6 AGBG.

3) BT-Drucks. 7/3919, S. 20. Die Unterstreichungen sind Hervorhebungen des Verfassers.

Verwirklichung des Parteiwillens, indem sie die Auswirkungen der Nichtigkeit bzw. der Nicht-einbeziehung einer Vertragsbestimmung möglichst gering halten.

Aus gesetzessystematischer Sicht wird für den zwingenden Charakter des § 6 II AGBG gelegentlich auf § 7 AGBG verwiesen. Aus dieser Vorschrift sei zu entnehmen, daß allen Bestimmungen des AGBG ein zwingender Charakter zukomme.¹⁾

An dieser Argumentation ist richtig, daß ein Umgehungsverbot nur in Verbindung mit zwingenden Rechtsvorschriften zur Anwendung kommen kann.²⁾ § 7 AGBG nimmt seinem Wortlaut nach auch alle Bestimmungen des AGBG in Bezug. In den Materialien kommt aber zum Ausdruck, daß § 7 AGBG nur auf bestimmte Vorschriften, nämlich zwingende Vorschriften zum Schutz des Kunden, zur Anwendung kommen soll,³⁾ ohne daß allerdings zu der Frage Stellung bezogen wird, ob das AGBG auch nachgiebiges Recht enthält und gegebenenfalls, welche Vorschriften dies sind.

Eine Gesamtbetrachtung der Materialien zu den §§ 6 und 7 AGBG legt die Vermutung nahe, daß die am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten das

1) Müller-Graff JZ 1977, 248 / Palandt (Heinrichs) § 7, Anm. 1

2) Baumann NJW 1978, 1954

3) Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 7/3919, S. 48 f / Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages zu den Gesetzesentwürfen der CDU / CSU und der Bundesregierung BT-Drucks. 7/5422, S. 5 f

Problem der von § 6 II AGBG abweichenden Vereinbarung einer salvatorischen Klausel nicht gesehen haben. Es sollte dem Gesetzgeber deshalb in dieser Hinsicht auch keine bestimmte Regelungsabsicht unterstellt werden.

Auch der Wortlaut des § 7 AGBG ist insoweit offen; denn er setzt nicht notwendig voraus, daß sämtliche Vorschriften des AGBG zwingenden Charakter haben. Der zwingende Charakter kann ebenso gut nur ein Abgrenzungskriterium für den Anwendungsbereich des § 7 AGBG sein¹⁾ und wäre dann in jedem Einzelfall nach allgemeinen Auslegungskriterien zu ermitteln.

Nach alledem kann somit auch die Gesetzssystematik nicht für einen zwingenden Charakter des § 6 II AGBG in Anspruch genommen werden.

Damit verbleibt als Erkenntnisquelle allein der Regelungszweck des § 6 II AGBG.

Diese Vorschrift ist in engem Zusammenhang mit § 6 I AGBG zu sehen, weil sie lediglich die durch § 6 I AGBG aufgeworfene Frage nach der Lückenausfüllung beantwortet. In der amtlichen Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung²⁾ werden denn auch die tragenden gesetzgeberischen Zielvorstellungen den drei Absätzen der Vorschrift gemeinsam vorangestellt. Speziell zu § 6 II AGBG heißt es später lediglich, daß dessen Regelung dem - zuvor erwähnten - Grundgedanken entspreche, daß der Vertrag mit einem von der Rechtsordnung gebilligten Inhalt aufrecht-

1) Baumann NJW 1978, 1954

2) BT-Drucks. 7/3919, S. 20 f

erhalten werden solle. Der Absatz II dient somit nicht der Verfolgung eines gegenüber Absatz I verselbständigten Schutzzwecks, sondern trifft nur eine durch jene Vorschrift notwendig gewordene Folgeregelung.

Der Schutzzweck des § 6 I AGBG, nämlich die Beschränkung der Nichtigkeit auf die jeweils mißbilligte Einzelklausel, wird aber durch die Verwendung salvatorischer Klauseln nicht berührt. Eine darüber hinausgehende Schutzfunktion zugunsten des Kunden kann der Bestimmung des § 6 AGBG nicht entnommen werden.¹⁾ Jedenfalls ist diese Funktion nicht so eindeutig erkennbar und nicht so stark ausgeprägt, daß man unter diesem Gesichtspunkt auf einen zwingenden Charakter schließen könnte. Zwar dürfte die Anwendung dispositiven Rechts zur Lückenausfüllung den Interessen des Kunden im Regelfall besser entgegenkommen als diejenige Ersatzbestimmung, die aufgrund einer salvatorischen Klausel ermittelt worden ist. Einer in diesem Sinne kundenfreundlichen Auslegung des § 6 II AGBG fehlt aber die gesetzgeberische Legitimation. Dem in der Begründung des Regierungsentwurfs zum heutigen § 6 AGBG enthaltenen Hinweis auf die Funktion der Vorschrift, nämlich die Aufrechterhaltung des Vertrages in größtmöglichem Umfang, würde eine solche Auslegung auch nicht gerecht werden. Es ist ferner darauf hinzuweisen, daß die von § 6 II AGBG angeordnete Rechtsfolge im Einzelfall oft nicht präzise zu bestimmen ist. Die ergänzende Vertragsauslegung läßt bei der Lückenausfüllung einen Spielraum

1) Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 17 und 38 / Baumann NJW 1978, 1954

offen, der zu einer von beiden Parteien nicht erwünschten Rechtsunsicherheit führen kann. Es dürfte nicht selten vorkommen, daß der Vertragspartner des Verwenders eine konkrete Ersatzbestimmung den durch die Anwendung des § 6 II AGBG verursachten Unwägbarkeiten vorzieht. Hielte man § 6 II AGBG für zwingend, würde den Parteien eine Gestaltung aufgedrängt.¹⁾ Darüber hinaus ergäbe sich die eigenartige Konsequenz, daß das von § 6 II AGBG in Bezug genommene dispositive Recht in zwingendes Recht transformiert würde.²⁾ Für einen solchen Entzug vertraglicher Gestaltungsfreiheit bietet § 6 II AGBG jedoch keine Handhabe.

Nach alledem verbleibt nur die Möglichkeit, von der Abdingbarkeit des § 6 II AGBG auszugehen,³⁾

1) Hiergegen auch Witte, S. 279

2) Baumann NJW 1978, 1954 f / Witte, S. 279

3) So im Ergebnis auch die herrschende Meinung: Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 38 f / Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 11 / MK (Kötz) § 6, Ergänzung zu Rdn. 6 / Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 12 / Soergel (Lange/Hefermehl) Vorbem. § 145, Rdn. 126 / Baumann NJW 1978, 1954 / Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 6, Rdn. 1 / grundsätzlich auch Garrn JA 1981, 152 und Witte, S. 279 ff.

A.A. Müller-Graff JZ 1977, 248 / Trinkner BB 1983, 924 a. E. / Palandt (Heinrichs) § 6 Anm. 3 / LG Dortmund bei Bunte AGBE I § 6, Nr. 11 / Koch/Stübing § 6, Rdn. 4.

Widersprüchlich Wolf/Horn/Lindacher, die einerseits bei § 6, Rdn. 5 den zwingenden Charakter des § 6 II AGBG herausstellen und andererseits bei § 6, Rdn. 20 Ersetzungsklauseln in bestimmten Fällen für zulässig halten.

so daß sich aus dieser Vorschrift keine Bedenken gegen die Zulässigkeit salvatorischer Klauseln herleiten lassen.¹⁾

b) Unangemessenheit salvatorischer Klauseln
gem. § 9 AGBG

Der wohl wichtigste dogmatische Ansatzpunkt für die materiell-rechtlichen Bedenken gegen die Wirksamkeit salvatorischer Klauseln in AGB liegt in der Generalklausel des § 9 AGBG. Vor einer Untersuchung des Grundtatbestandes des § 9 I AGBG soll zunächst der speziellere Tatbestand des § 9 II Ziff. 1 AGBG²⁾ geprüft werden.

-
- 1) In der Literatur wird bezüglich der Abdingbarkeit des § 6 II AGBG zum Teil nach verschiedenen Klauseltypen, nach der Erkennbarkeit des Rechtsverstoßes für den Verwender oder nach anderen Kriterien differenziert (z. B. Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 5 u. 20). Hiergegen sind jedoch methodische Bedenken anzumelden. Die Frage, ob eine gesetzlich formulierte Regel zwingend oder dispositiv ist, kann nur einheitlich beantwortet werden; denn diese beiden gegensätzlichen Begriffe (Ehrlich, S. 1) betreffen gerade die Frage, ob überhaupt Abweichungen zulässig sind. Ist eine Vorschrift dispositiv, müssen die abweichenden Vereinbarungen allerdings noch mit der Rechtsordnung im übrigen übereinstimmen, d. h., daß aus der Dispositivität keinesfalls folgt, daß jede abweichende Vereinbarung zulässig ist. Dies ist vielmehr von Fall zu Fall und zwar regelmäßig anhand anderer Rechtsvorschriften zu überprüfen. Ist also eine salvatorische Klausel beispielsweise wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners zu beanstanden, so ist sie wegen des Verstoßes gegen § 9 AGBG nichtig und nicht (zusätzlich noch) aus dem Grunde, daß § 6 II AGBG insoweit zwingenden Charakter hat (methodisch überzeugend Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 39 / Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 11). Für eine solche zusätzliche Funktion des § 6 II AGBG besteht kein Bedürfnis, weil sich die Unwirksamkeit immer schon aus anderen Vorschriften ergeben würde.
- 2) Zum Verhältnis von § 9 I AGBG zu § 9 II AGBG Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 54 ff / Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 12 f / Ulmer/Brandner/Hensen, § 9, Rdn. 93 f

aa) Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 9 II Ziff. 1 AGBG)

(1) Grundgedanke des § 6 II AGBG

Ein wesentlicher Grundgedanke im Sinne des § 9 II Ziff. 1 AGBG könnte in der Regelung des § 6 II AGBG liegen, daß nämlich "die gesetzlichen Vorschriften" an die Stelle einer unwirksamen oder nicht Vertragsbestandteil gewordenen Vertragsbestimmung treten. Die die Rechtsfolge des § 6 II AGBG modifizierenden Ersetzungsklauseln könnten von einem wesentlichen Grundgedanken dieser Vorschrift abweichen.

Vorab ist zunächst festzustellen, daß auch die allgemeinen Bestimmungen des AGBG "gesetzliche Regelungen" im Sinne des § 9 II Ziff. 1 AGBG sind.¹⁾ Salvatorische Klauseln müssen sich deshalb auch an § 9 AGBG messen lassen, wenn sie von der Regelung des § 6 II AGBG abweichen.²⁾

Eine "Abweichung" im Sinne dieser Bestimmung liegt nur dann vor, wenn zum Nachteil des Vertragspartners des Verwenders etwas vereinbart wird, das sich inhaltlich von dem unterscheidet, was sonst aufgrund der gesetzlichen Regelung für den konkret zu beurteilenden Ausschnitt aus dem Vertrag gelten würde.³⁾ Damit stellt sich

1) Dazu Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 93 / Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 99 / Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 20/ BGH NJW 1983, 1672

2) So ausdrücklich Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 39 und 9, Rdn. 48

3) Stein § 9, Rdn. 13 / Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 20

die Frage, ob die in den Ersetzungsklauseln getroffenen Regelungen für den Kunden nachteiliger sind als die Vorschrift des § 6 II AGBG.

Sicher wird man dies bei Reduktionsklauseln (Typ 4) und auch in den Fällen bejahen können, in denen das Ersetzungsrecht dem Verwender zusteht (Typ 1). Bei Klauseln mit konkreten Ersatzbestimmungen (Typ 5) handelt es sich um eine Frage des jeweiligen Einzelfalles. Problematisch ist hingegen die Beurteilung bei den Typen 2 und 3, wenn also die Ersetzung durch einen Dritten bzw. durch beide Vertragsparteien vorgenommen werden soll. Hier könnte man erwägen, ob die Neutralität des Dritten bzw. das Mitbestimmungsrecht des Kunden in gleicher Weise Gewähr für einen angemessenen Interessenausgleich bieten, wie die Normen des dispositiven Rechts. Diese Überlegung greift jedoch nicht durch, weil sowohl der Dritte als auch der Kunde nicht nach freiem Belieben entscheiden können, sondern an die inhaltlichen Vorgaben der Ersetzungsklausel gebunden sind. Die Auslegung von Ersetzungsklauseln ergibt aber regelmäßig, daß sich die Gestaltung der Ersatzbestimmungen an der wirtschaftlichen Funktion der unwirksamen Bestimmungen - also an den Sonderinteressen des Verwenders - und nicht an den Vorschriften des dispositiven Rechts orientieren soll.¹⁾ Auch diese Klauseltypen bedeuten daher eine Schlechterstellung des Vertragspartners und damit eine "Abweichung" von § 6 II AGBG.

1) Siehe unten B IV 9 b

Die Abweichung müßte sich schließlich auf einen in § 6 II AGBG enthaltenen "wesentlichen Grundgedanken" beziehen und damit eine gegen die Gebote von Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung darstellen.¹⁾

Der Begriff des wesentlichen Grundgedankens beruht auf der Unterscheidung zwischen der reinen "Anwendungsbedeutung" und der "ordnungspolitischen Aussagebedeutung"²⁾ einer Vorschrift des dispositiven Rechts. Unter der Anwendungsbedeutung versteht man die jeder Rechtsnorm zukommende Wirkung, daß ihre Rechtsfolge eintritt, wenn die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Diese Wirkung ist im Bereich des dispositiven Rechts ohne weiteres abdingbar. Darüber hinaus haben einige Normen auch eine wertsetzende Bedeutung, indem sie eine Richtlinie aufzeigen, wie ein angemessener bzw. gerechter Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien beschaffen sein muß. Diese Vorschriften sind Konkretisierungen der Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers und liefern die für die Angemessenheitsprüfung im Rahmen des § 9 AGBG erforderliche

1) Eine strikte Trennung dieser beiden Prüfungspunkte ist kaum möglich, weil der Gerechtigkeitsgehalt einer gesetzlichen Vorschrift nicht abstrakt, d. h. losgelöst von der rechtlichen und tatsächlichen Situation des Einzelfalles bestimmt werden kann. Deshalb wird von Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 22 ff eine einstufige Prüfung vorgeschlagen, wobei zu ermitteln sei, ob der gesetzlichen Regelung, verglichen mit der vom Verwender angebotenen, ein kräftiges Gerechtigkeitsübergewicht zukommt. Zu den Einzelheiten dieses Methodenstreits vgl. Schlosser a. a. O., Rdn. 23 f m. w. N.

2) Das Begriffspaar geht auf Raiser, S. 295 f zurück.

Wertskala.¹⁾ Wenn § 9 AGBG diese dispositiven Vorschriften in Bezug nimmt, werden sie in ihrer ordnungspolitischen Aussagebedeutung zu zwingendem Recht. Der Begriff des wesentlichen Grundgedankens ist somit nicht rein positivistisch als Regelung von besonders einschneidender Bedeutung zu verstehen, sondern bezeichnet einen wichtigen Gerechtigkeitsgehalt einer Vorschrift des dispositiven Rechts.²⁾

Damit stellt sich die Frage, ob und inwieweit § 6 II AGBG eine Vorschrift mit Gerechtigkeitsgehalt ist, d. h. eine grundlegende Wertentscheidung.

- 1) Diese auf Raiser (S. 295 f) zurückgehende Lehre von der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts liegt auch dem AGBG zugrunde. Vgl. dazu den Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages BT-Drucks. 7/5422, S. 7. Aus der Rechtsprechung: BGHZ 22, 90 / 41, 153 f / 54, 106 ff / 60, 380 / NJW 1981, 117 / 1982, 1747 / OLG Hamm NJW 1982, 2005 / OLG Hamburg NJW 1983, 1502. Aus der Literatur: Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 22 / Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 42 / Schmidt-Salzer NJW 1977, 138 ff / Weik NJW 1978, 11 ff / Schapp DB 1978, 621 / MK (Kötz) § 9, Rdn. 13 / Klamroth BB 1982, 1949 ff / kritisch Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 9, Rdn. 26. A. A.: Koch/Stübing § 9, Rdn. 29 / Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 65. Koch/Stübing halten diese Begriffsbildung für verfehlt, weil sich viele Rechtsnormen nicht eindeutig zu der einen oder anderen Kategorie zuordnen ließen. Die stattdessen vorgeschlagene Orientierung am gesetzlichen Begriff des "wesentlichen Grundgedankens" dürfte jedoch im Ergebnis auf das gleiche hinauslaufen. Wolfs' Argument, dem Vertragspartner würde mit der Einführung einer Kategorie von "Normen mit reinem Zweckmäßigkeitgehalt" die Vermutungswirkung des § 9 II Ziff. 1 AGBG entzogen, greift nicht durch, weil mit dieser Begriffsbildung lediglich der Versuch gemacht wird, den Begriff des "wesentlichen Grundgedankens" zu konkretisieren.
- 2) Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 13 / Schmidt-Salzer Rdn. F 43 und NJW 1977, 139 / Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 9, Rdn. 22 / Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9, Rdn. 25. Kritisch hierzu: Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 96 / Grunsky BB 1971, 1115 / Trinkner BB 1973, 1501 / M. Wolf JZ 1974, 466

dung zum Inhalt hat, oder ob es sich um eine Regelung mit bloßem Zweckmäßigkeitsgehalt handelt.¹⁾

Wie bereits erwähnt,²⁾ ist § 6 II AGBG in unmittelbarem Zusammenhang mit § 6 I AGBG zu sehen. Beide Vorschriften dienen dem Zweck, den Vertrag mit einem von der Rechtsordnung gebilligten Inhalt in größtmöglichem Umfang aufrechtzuerhalten. Die Kundenschutzfunktion besteht dabei primär darin zu verhindern, daß sich der Verwender bei Teilnichtigkeit seiner AGB über § 139 BGB aus der vertraglichen Bindung befreit.

Wenn § 6 II AGBG die ersatzweise Geltung des dispositiven Rechts anordnet, soll damit nicht jede abweichende Parteivereinbarung unterbunden werden. Die Vorschrift könnte aber zumindest insoweit eine grundlegende Wertentscheidung enthalten, als sie von jeder Ersatzregelung verlangen würde, daß sie die Interessen der Vertragsparteien in gleicher Weise wie das dispositive Recht berücksichtigt und sich nicht an der Grenze des "Gerade-noch-Zulässigen" orientiert. Die Auslegung des § 6 II AGBG spricht jedoch gegen ein solches Verständnis. So findet sich in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis auf einen entsprechenden Grundgedanken dieser Vorschrift. Wenn in der Begründung zum Regierungsentwurf³⁾ zur Lückenausfüllung auf den regelmäßigen Parteiwillen abgestellt und die Zurückführung von Auswüchsen in AGB auf ein vertretbares Maß als Regelungszweck proklamiert wird, spricht dies eher dafür, daß § 6 II AGBG prinzipiell jede Partei-

1) In Anlehnung an Raisers Theorie sprechen andere Autoren heute - weniger rigoros, aber dem gleichen Prinzip folgend - von einem abgestuften Gerechtigkeitsgehalt gesetzlicher Vorschriften (z. B. Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 22 f).

2) Siehe oben B IV 6 a

3) BT-Drucks. 7/3919, S. 20

vereinbarung zuläßt, die sich in den Grenzen der Rechtsordnung bewegt. Aus der Entstehungsgeschichte des AGBG insgesamt ergibt sich, daß die Verweisung auf das dispositive Recht lediglich eine notwendige Folgeregelung zu § 6 I AGBG darstellt, die keinen selbständigen Regelungszweck verfolgt.¹⁾ Wollte man einen unbedingten Primat des dispositiven Rechts und der ergänzenden Vertragsauslegung annehmen, bedürfte dies einer deutlichen gesetzlichen Grundlage, weil es immerhin um die Einschränkung von Vertragsfreiheit geht. Für einen solchen Sanktionscharakter²⁾ des § 6 II AGBG geben dessen Wortlaut und Entstehungsgeschichte zu wenig her.³⁾ Das oben S. 20 festgestellte Anliegen des Gesetzgebers des AGBG, den Verwender zu veranlassen, selbst für eine Bereinigung der AGB-Praxis zu sorgen,⁴⁾ reicht insoweit nicht aus. Dieser Gesichtspunkt hat zwar ausgereicht, um oben B I 3 zu dem Ergebnis zu kommen, daß eine geltungserhaltende Reduktion von AGB weder kraft Gesetzes angeordnet noch von Amts wegen durchzuführen ist. Dies bedeutet jedoch keinen Widerspruch; denn hier geht es um die Frage, ob die Parteien gehindert sind zu vereinbaren, daß der wirksame Teil einer teilunwirksamen Regelung aufrechterhalten bleibt.

1) Siehe oben B IV 6 a

2) Bei dem ähnlich konstuierten Problem, ob bei Teilunwirksamkeit einer Klausel geltungserhaltend reduziert werden kann oder nicht, sprechen einige Autoren sogar von einer "Strafexekution" (Kötz NJW 1979, 788) oder einem "Pönalcharakter" (Götz NJW 1978, 2225) der nach h. M. zur Gesamtenwirksamkeit führenden Inhaltskontrolle. Gegen diese Begriffsbildung Schmidt JA 1980, 402 / BGHZ 64, 242 / Hager, S. 70 m. w. N.

3) Hager, S. 200

4) Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 23 / OLG Hamm NJW 1982, 283 f / OLG Düsseldorf BB 1980, 388

Insgesamt gesehen kann § 6 II AGBG somit keine grundlegende Wertentscheidung entnommen werden. Es handelt sich vielmehr um eine Vorschrift mit reinem Zweckmäßigkeitsgehalt, die im Rahmen des § 9 I Ziff. 1 AGBG nicht von Bedeutung sein kann.

(2) Der Bestimmtheitsgrundsatz

Eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 9 II Ziff. 1 AGBG könnte in einem Verstoß gegen den Grundsatz der Bestimmtheit vertraglicher Regelungen begründet liegen. Daß die mangelnde Bestimmtheit von AGB rechtsdogmatisch nicht nur ein Problem der Einbeziehung im Rahmen des § 2 AGBG, sondern auch eines der Inhaltskontrolle ist, entspricht allgemeiner Auffassung.¹⁾ Ein derartiges aus dem Sinnzusammenhang bzw. der "Politik des AGBG"²⁾ abzuleitendes Prinzip gehört ebenso zu den "wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung" wie kodifiziertes Recht.³⁾

(a) Ersetzungsklauseln

Ersetzungsklauseln weisen insofern Unbestimmtheiten auf, als der Vertragspartner nicht weiß, in welcher Weise der zur Ausfüllung etwaiger

1) BGH NJW 1982, 646 / 83, 162 / OLG Hamm BB 1983, 1367 / OLG Frankfurt BB 1983, 1437 / Hager, S. 204 / Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 128

2) Hager, S. 204, der sogar ausdrücklich von dem "Konkretisierungsgebot des § 9" spricht.

3) BGH NJW 1983, 1673 / Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 63 / Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 99 / Palandt (Heinrichs) § 9, Anm. 3 b / Erman (Hefermehl) § 9, Rdn. 11 / Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9, Rdn. 24 / Löwe/von Westphalen/Trinkner § 9, Rdn. 22 und 27 / Schmidt-Salzer NJW 1977, 139 / BR-Drucks. 360/75 / BT-Drucks. 7/3919 S. 23. A. A. Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 14 und 20

Vertragslücken befugte Verwender (Typ 1) oder ein Dritter (Typ 2) von der ihm eingeräumten Gestaltungsbefugnis Gebrauch machen wird, in welcher Weise er selbst zur Mitwirkung verpflichtet ist (Typ 3) oder wie und in welchem Umfang die unwirksame Vertragsbestimmung zu reduzieren ist (Typ 4). Aus dieser Unbestimmtheit wird zum Teil gefolgert, derartige Klauseln seien auch unangemessen im Sinne des § 9 AGBG.¹⁾ Überwiegend werden unter Bestimmtheitsgesichtspunkten jedoch keine Bedenken geäußert.²⁾

Es ist schon fraglich, ob es sich insoweit überhaupt um eine Benachteiligung von erheblichem Gewicht handelt;³⁾ denn die Ersetzungsklausel entfaltet ihre Wirkung erst dann, wenn die Bestimmung durch den jeweils Berechtigten erfolgt ist. Der Vertragspartner kann deshalb nicht in die Situation geraten, zu einem unbestimmten Verhalten verpflichtet zu sein. Er ist lediglich verpflichtet, in Zukunft eine Ersatzregelung zu akzeptieren, deren konkrete Ausgestaltung ihm gegenwärtig noch unbekannt ist.

Jedenfalls ergibt aber die Interessenabwägung,⁴⁾ daß es dem Verwender unzumutbar ist, für jeden denkmöglichen Konfliktfall bereits konkrete Ersatzbestimmungen in den Vertrag aufzunehmen.⁵⁾

1) Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 11. Im Grundsatz auch Koch/Stübing § 6, Rdn. 5 / Hager, S. 202

2) Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 39 / Nieder BWNotZ 1977, 112 f / Willenbruch BB 1981, 1979 / Baumann NJW 1978, 1955 / Garrn JA 1981, 154

3) Eine nur unwesentliche Benachteiligung würde nicht ausreichen. Vgl. dazu die Begründung im Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 7/3919, S. 22

4) Dazu Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 68

5) So auch Garrn JA 1981, 154

Ersetzungsklauseln sind häufig recht allgemein gefaßt, weil sie gerade in zukünftigen Konfliktlagen zur Anwendung kommen sollen, deren Gestalt und Ausmaß noch nicht genau abzusehen sind. Wenn man diesem Bedürfnis der AGB-Praxis gerecht werden will, muß man die Unbestimmtheiten in Kauf nehmen.¹⁾ Diese liegen gleichsam in der Natur der Sache.

Es ist weiter darauf hinzuweisen, daß sich bei allen vier Klauseltypen objektive Anhaltspunkte für die Gestaltung der Ersatzregelung aus dem übrigen Vertragsinhalt sowie aus der besonderen Funktion der unwirksamen Vertragsbestimmung ergeben. Dabei handelt es sich um bindende Vorgaben, die den Gestaltungsspielraum des Ersetzungsberechtigten einengen und die für alle Beteiligten erkennbar sind. Fehlt die Angabe eines konkreten Maßstabes, anhand dessen die Ersetzung durchzuführen ist, kann im Regelfall auf die wirtschaftliche Funktion der unwirksamen Vertragsbestimmung zurückgegriffen werden.²⁾ Im Ergebnis dürfte die Unbestimmtheit kaum größer sein als bei Geltung des § 6 II AGBG. Im Regelfall der Lückenausfüllung fehlt es nämlich an unmittelbar einschlägigen Vorschriften des dispositiven Rechts, so daß eine ergänzende Vertragsauslegung erforderlich wird. Der insoweit

1) Der BGH hat ein solches Bedürfnis in anderem Zusammenhang ausdrücklich anerkannt. In BGH NJW 1982, 646 ist beispielsweise ausgeführt, daß AGB "nicht einen solchen Grad der Konkretisierung erhalten können, daß ihre Anwendung in jedem Einzelfall von vornherein keine Zweifelsfragen aufkommen lassen kann; sie müssen vielmehr, sofern sie auf eine Vielzahl von Einzelfällen anwendbar sein sollen, ausreichend flexibel sein".

2) Siehe unten B IV 9 b

heranzuziehende Rechtsmaßstab von "Treu und Glauben" ist aber ebenso schwer zu bestimmen wie die Grenze des "Noch-Zulässigen". Eine zusätzliche Beschränkung der Gestaltungsmacht des Bestimmungsberechtigten ergibt sich daraus, daß die Ersatzbestimmungen ihrerseits wiederum den Anforderungen des AGBG genügen müssen.¹⁾

Im Ergebnis kann somit festgestellt werden, daß Ersetzungsklauseln nicht gegen den Grundsatz der hinreichenden Bestimmtheit von AGB verstoßen und insoweit im Hinblick auf § 9 AGBG nicht zu beanstanden sind.

(b) Gesetzesverweisende Klauseln

Gesetzesverweisende Klauseln sind ihrem Inhalt nach klar und eindeutig. Als Sinn dieser Bestimmungen ergibt sich, daß die Rechte des Vertragspartners in dem Umfang eingeschränkt werden sollen, in dem das Gesetz dies duldet. Bei der Interpretation der Ersetzungsklausel, d. h. bei der Ermittlung des Obersatzes, kann es daher keine Auslegungsschwierigkeiten geben.²⁾

Dennoch weiß der Vertragspartner des Verwenders im konkreten Einzelfall in aller Regel nicht, welche Rechte und Pflichten sich für ihn daraus ergeben. Dies hat seine Ursache darin, daß der Kunde die in Bezug genommene Rechtslage nicht überblickt. Es handelt sich somit um die allgemeine Schwierigkeit, das Recht zu erkennen und

1) Dazu unten B IV 7 b, cc

2) Thümmel/Oldenburger BB 1979, 1070 / Willenbruch BB 1981, 1977 / Witte, S. 309 f

zu verstehen und nicht um objektive Unklarheiten der salvatorischen Klausel. Man könnte hier erwägen, daß der Verwender für die Unklarheit der Rechtsordnung nicht verantwortlich gemacht werden kann. Da nicht die salvatorische Klausel, sondern die Rechtsordnung unklar sei, könne dem Verwender eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners nicht vorgeworfen werden. Eine solche Betrachtungsweise wäre jedoch zu formalistisch und ginge daran vorbei, daß eine unangemessene Benachteiligung auch in der mangelnden Konkretisierung begründet liegen kann; denn der Kunde bleibt auf diese Weise über seine Rechte im unklaren, während der Verwender in aller Regel sehr wohl weiß, was die pauschale Bezugnahme im konkreten Einzelfall bedeutet. Das Erfordernis der Konkretisierung von AGB ist schließlich auch ein wesentlicher Grundgedanke des § 9 AGBG.¹⁾ Es kann auch nicht eingewendet werden, daß Verständnisschwierigkeiten nach der Systematik des AGBG Gegenstand der §§ 2, 3²⁾ und 5³⁾ AGBG seien;

1) So ausdrücklich OLG Frankfurt BB 1983, 1437. Im Ergebnis ebenso BGH NJW 1982, 646 / 83, 162 / OLG Hamm BB 1983, 1307 / Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 128 / Löwe BB 1982, 158.

Ob eine Klausel nun an § 2 oder an § 9 scheitert, wird häufig offengelassen. So z. B. Staudinger (Schlosser) § 11 Nr. 7, Rdn. 28 und WM 1978, 569 / Dittmann/Stahl Rdn. 243. Für die alleinige Anwendbarkeit des § 2 AGBG wohl OLG Stuttgart NJW 1981, 1106 und Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdn. 53

2) Z. B. bei einer verheimlichenden Art und Weise der Klausel (vgl. Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9, Rdn. 55 / Kliege, S. 19).

3) § 5 AGBG betrifft Unklarheiten, die - im Vorfeld der Inhaltskontrolle - durch verschiedene Alternativen der Auslegung verursacht werden (Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdn. 4).

denn dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß gleichzeitig auch § 9 AGBG betroffen sein kann.¹⁾

Gesetzesverweisende Klauseln verstoßen somit wegen ihrer Unbestimmtheit gegen § 9 II Ziff. 1 AGBG. Ausnahmetatbestände sind nicht anzuerkennen. Zur Begründung kann auf das oben B IV 5 a, bb Gesagte verwiesen werden.

bb) Unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners
(§ 9 I AGBG)

Eine unangemessene Benachteiligung gem. § 9 I AGBG liegt dann vor, wenn dem Verwender eine einseitige, Treu und Glauben widersprechende Verfolgung seiner Interessen vorzuwerfen ist.²⁾ Nachfolgend wird zu prüfen sein, ob salvatorische Klauseln unter diesem Gesichtspunkt zu beanstanden sind. Dazu sei angemerkt, daß salvatorische Klauseln zu ähnlichen Ergebnissen führen wie die geltungserhaltende Reduktion, ein Verfahren, welches bereits oben B I 3 für unzulässig erachtet worden ist. Die dort aufgeführten Überlegungen sind jedoch nur teilweise auf salvatorische Klauseln übertragbar, weil hier eine Vereinbarung betreffend die angestrebte Ersatzklausel vorliegt. Es wird zu untersuchen sein, ob diese Vereinbarung eine andere Beurteilung rechtfertigt.

(1) Pauschale Meistbegünstigung des Verwenders bei gesetzesverweisenden Klauseln

Mit einer gesetzesverweisenden Klausel kann der Verwender gleichsam durch einen Kunstgriff erreichen, daß er den rechtlichen Gestaltungsspielraum zu seinen Gunsten voll ausnutzt. Ohne mühevoll die Grenzlinie zur Unangemessenheit einer Vertragsgestaltung eruieren zu müssen, kann er sicher sein, doch exakt diese Grenze getroffen zu haben. Insoweit kann man von einer Meistbegünstigung des Verwenders durch gesetzesverweisende Klauseln sprechen.

1) In den Bereichen, wo § 2 AGBG nicht anwendbar ist (§ 23 II Nr. 1, III und § 24 AGBG), hat dies praktische Konsequenzen.

2) Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 12 / Ulmer / Brandner/Hensen § 9, Rdn. 68 f / BGH NJW 1981, 761

Gleichzeitig vermeidet er das Risiko, in der Frage seiner rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten Fehleinschätzungen zu unterliegen; denn die Unwirksamkeit einer Vertragsbestimmung ist durch die verweisende Art der Formulierung der Klausel schon begrifflich ausgeschlossen. Der Verwender erspart sich ferner überflüssige Gedankenarbeit, indem das Problem der Konkretisierung des Vertrages solange hinausgeschoben wird, bis ein konkreter Konfliktfall auftaucht. Außerdem hat er ein flexibles Instrument zur Hand, welches sich den im Laufe der Zeit erfolgenden Änderungen der Gesetze, der Rechtsprechung und der allgemeinen Rechtsanschauung selbständig und unmerklich anpaßt.

Schließlich kommen noch "optische Vorteile" hinzu, weil der Verwender die Schmälerungen der Rechtsposition des Kunden nicht in concreto ausführen muß. Der bloße Verweis auf das rechtlich "Noch-Zulässige" erweckt bei dem juristischen Laien eine Vorstellung, die ihn möglicherweise nicht erkennen läßt, daß er sich damit in die ungünstigste Rechtsposition begibt, die überhaupt denkbar ist. Zumindest wird er nicht von der Warnfunktion erfaßt, die von einem detailliert formulierten Vertragstext ausgeht.

Es kommt schließlich noch hinzu, daß der Kunde die konkrete Tragweite einer solchen gesetzesverweisenden Klausel nicht unmittelbar aus den AGB entnehmen kann, sondern sich jeweils andersorts darüber informieren muß, wo im Einzelfall die Grenze des "Noch-Zulässigen" verläuft.

Im Rahmen der für die Prüfung des § 9 AGBG erforderlichen umfassenden Interessenabwägung¹⁾

1) Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 106 / Ulmer/
Brandner/Hensen § 9, Rdn. 68

kommt die h. M. deshalb zu dem Ergebnis, daß
gesetzesverweisende Klauseln im Regelfall mit
§ 9 I AGBG nicht zu vereinbaren seien,¹⁾ wobei
jedoch verbreitet Ausnahmen zugelassen werden,
wenn die Grenze des "Noch-Zulässigen" schwer
festzustellen und eine konkrete Fassung dem Ver-
wender aus diesem Grunde nicht zuzumuten sei.²⁾

Gegen die Zulassung von Ausnahmen spricht folgen-
der Gesichtspunkt: Das Rechtsinstitut des Ver-
trages hat große Bedeutung für die Rechtserzeugung
und Konfliktregelung. Diese Funktionen werden
durch die Verwendung gesetzesverweisender Klauseln
beeinträchtigt. Eine Rechtserzeugung bzw. Rechts-
fortbildung kann nur dann erfolgen, wenn sich die
Vertragsbeteiligten eine konkrete Vorstellung
von einer sinnvollen, praktisch durchführbaren
und gerechten Ordnung bilden und diese auch
äußern und durchzusetzen versuchen. Nur so kann
sich ein allgemeines Rechtsbewußtsein, eine Ver-
kehrssitte oder ein Handelsbrauch herausbilden
und verbreiten. Diese von den Vertragsbeteiligten

1) Schlosser WM 1978, 569 / derselbe in Stau-
dinger § 6, Rdn. 11 und § 11 Nr. 7, Rdn. 28 /
Garrn JA 1981, 152 / Löwe BB 1982, 158 /
v. Westphalen DB 1978, 2064 und NJW 1979, 840 /
Lindacher BB 1983, 157 / Dittmann/Stahl Rdn. 243
/ Palandt (Heinrichs) Vorbem. § 8, Anm. 3 b /
Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 9 / MK (Kötz)
§ 6, Rdn. 13 und § 13, Rdn. 30 / Wolf/Horn/
Lindacher § 9, Rdn. 128 / Hager, S. 204 f /
Witte, S. 310 f / OLG Stuttgart NJW 1981,
1106 / OLG Frankfurt BB 1983, 1437 / OLG Hamm
BB 1983, 1307.

A. A. Thümmel/Oldenburg BB 1979, 1067.
Differenzierend Ebel DB 1979, 1976 und
Willenbruch BB 1981, 1978

2) Lediglich Witte, S. 306 lehnt irgendwelche
Ausnahmen rigoros ab.

ausgehenden Innovationen entfallen durch den Gebrauch gesetzesverweisender Klauseln, indem die verbindliche Konkretisierung des Vertragsinhalts letztlich den Gerichten zugeschoben wird. Mit der Beeinträchtigung der Rechtserzeugungsfunktion verliert der Vertrag gleichzeitig auch seine Bedeutung als Instrument der Konfliktregelung, weil die konkreten Rechtsprobleme von den Parteien nicht im Detail herausgearbeitet und gestaltet, sondern durch die pauschale Verweisung auf das rechtlich "Noch-Zulässige" eher verdrängt werden. Schließlich wird auch die Funktion der Privatautonomie - die Hervorbringung individueller Vertragsgerechtigkeit¹⁾ - gefährdet, wenn die Parteien nicht mehr bereit sind, ihre inhaltlichen Vorstellungen offenzulegen und vor der Rechtsordnung zu verantworten, indem sie für Fehlgriffe mit dem Nichtigkeitsrisiko eintreten. Man wird sich diesbezüglich die Frage vorlegen müssen, ob die Verwendung gesetzesverweisender Klauseln überhaupt noch eine zweckentsprechende Betätigung der Vertragsfreiheit darstellt.²⁾

Es gibt ferner keine Rechtfertigung dafür, die Unwägbarkeiten in den Randzonen auf dem Rücken des Vertragspartners auszutragen.³⁾ Der Verwender darf zwar versuchen, den Inhalt seiner AGB nach dem gesetzlich zulässigen Optimum zu gestalten.

1) Dazu Schmidt-Rimpler AcP 147, 149 ff

2) In diesem Zusammenhang ist ergänzend darauf hinzuweisen, daß das Kontrollverfahren der §§ 13 ff AGBG nur dann funktionieren kann, wenn die Verwender ihre AGB konkret abfassen (dazu Hager, S. 204).

3) Witte, S. 306

Er hat jedoch keinen Anspruch darauf, daß er dieses Ziel ohne jedwedes Risiko erreichen kann.¹⁾ Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Zulassung von Ausnahmen zu einer ganz erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde; denn das verbreitet vorgeschlagene Abgrenzungskriterium der "Zumutbarkeit" läßt sich kaum objektivieren.

Gesetzesverweisende Klauseln sind deshalb auch unter dem Gesichtspunkt der pauschalen Meistbegünstigung des Verwenders nach § 9 I AGBG unwirksam.

(2) Doppelte Inanspruchnahme der einseitigen Vertragsgestaltungsbefugnis durch den Verwender bei Ersetzungsklauseln

Durch die rechtliche Anerkennung der Verwendung von AGB erhält der Verwender die Möglichkeit, die Vertragsgestaltungsfreiheit einseitig für sich in Anspruch zu nehmen. Es steht ihm frei, die Bedingungen nach seinen Interessen im Rahmen des AGBG auszugestalten und den Handlungsspielraum seines Vertragspartners de facto auf die bloße Abschlußfreiheit zu beschränken. Sein Vertragspartner wird häufig kaum in der Lage sein, die Gesamtheit der Vertragsbedingungen zu überblicken oder geeignete Änderungsvorschläge zu unterbreiten. Im Falle der Nichtigkeit einer Klausel infolge Überschreitung der Grenzen dieser Gestaltungsfreiheit richtet sich die Lückenausfüllung gem. § 6 II AGBG nach den gesetzlichen Vorschriften und fällt nicht an den Verwender zurück. Nach dieser Regelung steht ihm die einseitige Vertragsgestaltungsbefugnis somit nur einmal zu.

Vermittels einer Ersetzungsklausel verschafft er sich jedoch eine zweite, hilfsweise zum Zuge

1) Witte, S. 306

kommende Gestaltungsmöglichkeit, so daß man von einer doppelten Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsbefugnis sprechen kann. Gerade in dieser Verdoppelung seiner Rechte könnte eine gegen § 9 I AGBG verstoßende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners begründet liegen. Allgemein anerkannte Regeln über die Rechtsfolgen der fehlgeschlagenen Ausübung von Gestaltungsrechten gibt es nicht; insbesondere gibt es im Recht der AGB keinen Grundsatz, der besagt, daß einseitige Leistungsbestimmungsrechte des Verwenders in jedem Fall unwirksam sind.¹⁾ Auch ein "Verbrauch" der einseitigen Vertragsgestaltungsbefugnis durch das erstmalige Aufstellen der AGB kann nicht angenommen werden. Für eine solche Sanktion fehlt eine hinreichende gesetzliche Grundlage.

Schließlich spricht auch eine Bewertung der Interessenlage gegen die Annahme, daß die festgestellte Verdoppelung der Verwenderrechte gegen das Benachteiligungsverbot verstößt: Eine Ersetzungsklausel führt keineswegs immer zu einer Benachteiligung des Vertragspartners. In vielen Fällen werden Besonderheiten des Vertragstyps oder spezielle Bedürfnisse der Parteien eine befriedigende Lückenausfüllung nach § 6 II AGBG nicht zulassen. Eine Ersetzungsklausel kann hier durchaus im Interesse beider Vertragsparteien liegen. Beispielsweise wäre die Festlegung einer konkreten Ersatzbestimmung eine geeignete Lösung, wenn beiden Vertragspartnern daran gelegen wäre, sofort zu wissen, wie die Ersatzbestimmung beschaffen sein würde. Für die übrigen Fälle ist darauf hinzuweisen, daß auch die Ersatzbestimmungen den Anforderungen des AGBG genügen müssen.²⁾ Damit kann der Verwender über

1) A. A. wohl Löwe BB 1982, 155 f

2) Siehe unten B IV 7 b, cc

eine Ersetzungsklausel nur solche Bestimmungen durchsetzen, die er auch von Anfang an in den Vertrag hätte einführen können. Für seinen Vertragspartner stellt es keine unangemessene Benachteiligung dar, wenn man die anfänglich bestehenden Rechte des Verwenders auch für den Fall der Lückenausfüllung aufrechterhält. Zum einen hat der Kunde keinen Anspruch darauf, daß die Vertragslücke in bestimmter Weise geschlossen wird. § 6 II AGBG ist dispositiv¹⁾ und weist nicht einmal einen besonderen Gerechtigkeitsgehalt auf.²⁾ Zum anderen besteht im Regelfall ein erhebliches Interesse des Verwenders, die Vertragslücke in bestimmter Weise zu schließen. Dieser Umstand ist in die Interessenabwägung³⁾ zur Feststellung der Unangemessenheit aufzunehmen.

Insgesamt gesehen bleibt damit festzuhalten, daß der Gesichtspunkt einer doppelten Inanspruchnahme einseitiger Vertragsgestaltungsbefugnis nicht zur Unwirksamkeit von Ersetzungsklauseln nach § 9 I AGBG führt.

(3) Zu weitreichende Überantwortung in den Einflußbereich des Verwenders bei Ersetzungsklauseln

Eine Ersetzungsklausel könnte eine den Geboten von Treu und Glauben widersprechende unangemes-

1) Siehe oben B IV 6 a

2) Siehe oben B IV 6 b, aa (1)

3) Dazu Schmidt-Salzer, Rdn. F 34 ff / Erman (Hefermehl) § 9, Rdn. 5 / Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 68 m. w. N.
Gegen die Methode der Interessenabwägung Dietlein/Rebmann § 9, Rdn. 10 / Koch/Stübing § 9, Rdn. 21 ff

sene Benachteiligung darstellen, wenn sie den Vertragspartner dem Einflußbereich des Verwenders in einem zu weitgehenden Maße überantworten würde. Dies gilt insbesondere für diejenigen Klauseln, bei denen die Befugnis zur Festlegung der Ersatzbestimmung dem Verwender oder einem ihm nahestehenden Dritten zusteht (Typen 1 und 2). Ob und inwieweit dieser Gesichtspunkt im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 9 I AGBG von Bedeutung ist, soll nachfolgend anhand zweier vergleichbarer Gestaltungen im AGBG und im BGB untersucht werden.

(a) Vergleichbare Problematik bei § 10
Ziff. 4 AGBG

Eine ähnliche Problemlage betrifft die Regelung des § 10 Ziff. 4 AGBG, nach der die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, unwirksam ist, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist.¹⁾ Die Ersetzungsklausel hat mit diesem Änderungsvorbehalt gemeinsam, daß sie dem Verwender bei der Durchführung des Vertrages einen einseitigen Handlungsspielraum

1) Vor Inkrafttreten des AGBG hat die Rechtsprechung auf die Ausübung eines solchen Änderungsvorbehalts § 315 BGB angewendet. Damit war allerdings nicht die Klauselgestaltung, sondern nur die Ausübung des Leistungsänderungsrechts kontrollierbar. Vgl. dazu Staudinger (Schlosser) § 10 Nr. 4, Rdn. 1

verschafft und der Kunde zunächst darüber im ungewissen bleibt, in welcher Weise dieser davon Gebrauch machen wird.

Damit stellt sich die Frage, welche Bedeutung der Regelung des § 10 Ziff. 4 AGBG für die hier zu beurteilenden Ersetzungsklauseln zukommt. § 10 Ziff. 4 AGBG beruht auf dem Grundsatz, daß Verträge einzuhalten sind, und erfordert deshalb ein wirksames Leistungsversprechen, d. h. insoweit einen gültigen Vertragsinhalt.¹⁾ Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, kann begrifflich überhaupt von einer "Änderung" gesprochen werden. Nach dem Inhalt dieser Vorschrift ist das Interesse des Kunden, an der ursprünglichen Vereinbarung festzuhalten, typischerweise höher zu bewerten als das Interesse des Verwenders, insoweit noch Modifizierungen vornehmen zu können. Mit dieser Interessenlage ist die Situation bei einer Ersetzungsklausel jedoch nicht vergleichbar. Der Verwender kann aus ihr nur dann Befugnisse herleiten, wenn eine Vertragslücke entstanden ist und sich somit die Notwendigkeit ergibt, eine Neuregelung zu treffen. Im Falle einer Ersetzungsklausel fehlt es demnach an jenem "Beharrungsinteresse", aus welchem § 10 Ziff. 4 AGBG seine Berechtigung herleitet. Dem Verwender geht es bei Ersetzungsklauseln auch nicht primär darum, die ursprüngliche Fassung zu ändern. Vielmehr nimmt er die Änderung lediglich notgedrungen vor. Sein eigentliches Interesse geht dahin, die unwirksame Vertragsbestimmung soweit wie möglich zu erhalten.

Damit kann aus dieser gesetzlichen Vorschrift

1) Staudinger (Schlosser) § 10 Nr. 4, Rdn. 3

für die Beurteilung der Wirksamkeit von Ersetzungsklauseln nichts entnommen werden.

(b) Vergleichbare Problematik bei Leistungsbestimmungsrechten

Wie bereits festgestellt,¹⁾ lassen sich Ersetzungsklauseln begrifflich als Leistungsbestimmungsrechte gem. § 315 BGB qualifizieren (Typ 1) bzw. können die §§ 317 ff BGB entsprechend angewendet werden (Typ 2).

Gegenüber Leistungsbestimmungsrechten in AGB sind in Rechtsprechung und Literatur - entgegen der bislang ganz h. M.²⁾ - jedoch bereits erhebliche Bedenken angemeldet worden. So hat der BGH³⁾ Leistungsbestimmungsrechte nach § 317 BGB für unwirksam erklärt, weil der Dritte dem Verwender in der Regel besonders nahestehe und sich somit die Gefahr einer einseitigen Interessenwahrnehmung ergebe. Das Gericht hat weiter darauf abgestellt, daß die Bestimmung durch den Dritten bis zur Grenze der offenbaren Unbilligkeit hin- genommen werden müsse (§ 319 I, 1 BGB) und der Vertragspartner selbst in diesem Falle darauf angewiesen sei, eine ersatzweise Bestimmung durch das Gericht herbeizuführen (§ 319 I, 2 BGB).⁴⁾

1) Siehe oben B IV 4 a, aa und bb

2) Ulmer/Brandner/Hensen §§ 9 - 11, Rdn. 470 / Staudinger (Schlosser) § 8, Rdn. 6 / Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9, Rdn. 99. Differenzierend Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 33 f und L 61 ff

3) NJW 1981, 2353

4) BGH NJW 1981, 2353. Ebenso Löwe BB 1982, 155 f und 649

Ergänzend hat Löwe¹⁾ darauf hingewiesen, daß Leistungsbestimmungsrechte dem Erfordernis einer weitgehenden Präzisierung von AGB widersprächen. Sie würden zu einer Flut von gerichtlichen Überprüfungen führen und seien deshalb für Massengeschäfte ungeeignet. Ferner ergebe sich ein dogmatisches Bedenken daraus, daß Leistungsbestimmungsrechte einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG - insbesondere im Verfahren nach §§ 13 ff AGBG - kaum zugänglich seien; denn die Billigkeitskontrolle der §§ 315 ff BGB stelle auf die Verhältnisse des Einzelfalles ab, so daß sich abstrakt gegen ein Leistungsbestimmungsrecht kaum etwas einwenden ließe. Die Inhaltskontrolle werde so aus § 9 AGBG hinaus in den Individualprozeß nach den §§ 315 ff BGB verlagert. Auf diese Weise werde der Vorrang des § 9 AGBG bei der Inhaltskontrolle von AGB verletzt.²⁾ Löwe hält deshalb auch ein Leistungsbestimmungsrecht des Verwenders nach § 315 BGB für unwirksam.³⁾

Den Argumenten des BGH in bezug auf § 317 BGB ist zuzustimmen. Wenn dieser dabei den Gesichtspunkt der Gefahr einer einseitigen Interessenwahrnehmung durch den Dritten in den Vordergrund stellt,⁴⁾ darf daraus jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß eine Leistungsbestimmung durch den Verwender selbst erst recht als unzulässig zu verwerfen sei; denn im Falle des § 317 BGB

1) BB 1982, 156

2) Löwe BB 1982, 156. Einschränkung Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 33 f und L 61 ff

3) A. a. O. FN 1

4) Vgl. NJW 1981, 2353

kommt ausschlaggebend hinzu, daß der Dritte bei der einseitigen Bestimmung weitere Befugnisse hat als der Verwender selbst im Rahmen des § 315 BGB. Erst die durch § 319 I, 1 BGB begründete Gestaltungsfreiheit des Dritten läßt die Möglichkeit einer einseitigen Interessenwahrnehmung für den Kunden gefährlich werden.

Ein Leistungsbestimmungsrecht des Verwenders selbst ist nicht generell unwirksam;¹⁾ denn § 315 BGB verpflichtet ihn auf die Billigkeit, d. h. die Herstellung von Austauschgerechtigkeit in dem betreffenden Einzelfall.²⁾ Die Bedenken Löwes gegen vorformulierte Leistungsbestimmungsrechte im allgemeinen³⁾ greifen demgegenüber nicht durch. Die zu erwartende Flut von gerichtlichen Überprüfungen mag zwar solche Klauseln aus der Sicht des Verwenders als ungeeignet erscheinen lassen, weil nur er massenweise mit solchen Verfahren überzogen werden kann. Gesichtspunkte, die allein den Schutz des Verwenders betreffen, können im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG jedoch nicht berücksichtigt werden.⁴⁾

1) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9, Rdn. 99 / Ulmer/Brandner/Hensen Anhang §§ 9 - 11, Rdn. 470 / Canaris Rdn. 2631 und LG Berlin WM 1979, 322 f zu Nr. 14 II der AGB der Banken / LG München WM 1978, 915 zu Nr. 14 III der AGB der Banken / AG Freiburg WM 1981, 446 und LG Itzehoe WM 1981, 662 zu Nr. 14 IV der AGB der Banken

2) MK (Söllner) § 315, Rdn. 16 / v. Hoyningen-Huene, S. 119 f m. w. N.

3) BB 1982, 156

4) Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 66 / Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 12 / Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 53 / BT-Drucks. 7/5422, 6

Die weiterhin beanstandete Verlagerung der Inhaltskontrolle von § 9 AGBG in den Individualprozeß nach § 315 BGB ist ebenfalls unbedenklich. Sie beruht darauf, daß zwar das Leistungsbestimmungsrecht, nicht aber die Leistungsbestimmung als solche Inhalt der AGB ist und demzufolge auch nur ersteres Gegenstand einer allgemeinen Inhaltskontrolle sein kann. Daß die Leistungsbestimmung als individueller Gestaltungsakt nicht nach den §§ 9, 13 ff AGBG überprüft werden kann, liegt in der Natur der Sache. Entsprechendes gilt für die ebenfalls kritisierte¹⁾ mangelnde Bestimmtheit solcher Vereinbarungen. Aus §§ 13 ff AGBG kann jedoch nicht entnommen werden, daß Leistungsbestimmungsrechte als sogenannte "individualvertragstypisch konzipierte Klauseln"²⁾ nicht Gegenstand von AGB sein dürfen. Leistungsbestimmungsrechte in AGB sollten deshalb zumindest dann zulässig sein, wenn ihre Verwendung einem praktischen Bedürfnis bzw. einem anerkannten Interesse des Verwenders entspricht.³⁾

Im Falle der hier zu erörternden Ersetzungsklauseln besteht ein solches praktisches Bedürfnis in aller Regel, weil der Verwender im vorhinein nicht weiß, ob und ggf. welche Vertragsbestimmungen in welchem Umfang von der Unwirksamkeitsfolge erfaßt werden, und es ihm nicht zumutbar ist, für alle denkbaren Fälle konkrete Ersatzbestimmungen bereitzuhalten. Nur eine Er-

1) Vgl. BGH NJW 1980, 2519 / Löwe BB 1982, 156

2) Löwe a. a. O. FN 1

3) So ausdrücklich Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 33 und L 61 ff

setzungsklausel mit einem entsprechenden Bestimmungsrecht kann seinem Interesse, die Vertragslücke in bestimmter Art und Weise zu schließen,¹⁾ gerecht werden.

Im Ergebnis kann damit festgestellt werden, daß Ersetzungsklauseln nur dann eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners enthalten, wenn die Ersetzung durch einen Dritten vorgenommen werden soll (Typ 2).

c) Salvatorische Klauseln als Mittel zur Umgehung von Schutzvorschriften gemäß § 7 AGBG

§ 7 AGBG ordnet die Unbeachtlichkeit einer rechtlichen Gestaltung an, wenn diese zwingende²⁾ Vorschriften des AGBG umgeht, d. h. wenn eine vom Gesetz verbotene Regelung durch eine andere rechtliche Gestaltung erreicht werden soll, die nur den Sinn hat, dem gesetzlichen Verbot auszuweichen.³⁾ In diesem Falle soll der Zweck der umgangenen Vorschrift ihre Anwendung auf die betreffende Vertragsbestimmung rechtfertigen, ohne daß diese vom Wortlaut der umgangenen Vorschrift erfaßt wird.⁴⁾

In der AGB-Literatur wird im Zusammenhang mit sal-

1) Zu den im allgemeinen gravierenden Folgen der Unwirksamkeit von Klauseln in Massenverträgen für den Verwender siehe oben A

2) Bei dispositiven Vorschriften ist eine Umgehung nicht denkbar.

3) OLG Stuttgart AGBE II § 7, Nr. 1 / Huber Jura 1970, 797 / v. Gamm WRP 1961, 259 f / Löwe/von Westphalen/Trinkner § 7, Rdn. 7 / MK (Mayer-Maly) § 134, 11

4) Huber Jura 1970, 797

vatorischen Klauseln vereinzelt und ohne nähere Begründung darauf hingewiesen, daß ein Eingreifen des § 7 AGBG möglich sei.¹⁾ Demgegenüber ist das Rechtsinstitut der Gesetzesumgehung in der allgemeinen zivilrechtlichen Dogmatik sehr umstritten. Eine im Vordringen befindliche Meinung in der Rechtslehre²⁾ spricht der Gesetzesumgehung jegliche Bedeutung als eigenständiges Rechtsinstitut ab, weil sich eigene Merkmale dieses Tatbestandes nicht feststellen ließen und die auftretenden Probleme weitgehend durch Auslegung und Analogie zu bewältigen seien. Bei den auch mittels einer Analogie nicht mehr zu erfassenden Sachverhalten dürfe nicht zu einer "Methode außergesetzlicher Rechtsfindung"³⁾ gegriffen werden. Jede über die Analogie hinausgehende Beschränkung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit sei wegen des fehlenden Rückhalts im Gesetz nicht zulässig und das betreffende Rechtsgeschäft somit uneingeschränkt wirksam.⁴⁾ Andere Autoren⁵⁾ halten eine ausdrückliche Normierung des Umgehungstatbestandes für notwendig,

1) Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 39 / derselbe in NJW 1981, 2031 f / Bunte HB II J, 4

2) Teichmann, S. 78 ff / Medicus AT § 44 / Flume AT II § 17, 5 / Bartl NJW 1976, 1994 (FN 13) / Huber Jura 1970, 797 / Soergel (Hefermehl) § 134, Rdn. 52.
So wohl auch Staudinger (Schlosser) § 7 / Ulmer/Brandner/Hensen § 7, Rdn. 1 und Erman (Brox) § 134, Rdn. 18.
A. A. MK (Mayer-Maly) § 134, Rdn. 16 f unter Berufung auf BAGE 10, 70 und BGH LM Nr. 19 zu § 134 BGB. Daß die Bezugnahme nicht ganz überzeugend ist, begründet Hager, S. 190 FN 15.

3) Teichmann, S. 105

4) Teichmann, S. 105 f

5) Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 7, Rdn. 4 / MK (Mayer-Maly) § 134, Rdn. 13 / Kegel ÖJZ 1958, 15 f

weil nach wie vor umstritten sei, ob die Gesetzesumgehung nur ein Problem der zutreffenden Auslegung und ggf. ein Anwendungsfall der Analogie oder ein selbständiges Rechtsinstitut sei.

Dieser Streit spiegelt sich auch in der wechselhaften Entstehungsgeschichte des § 7 AGBG wider. Entgegen dem Teilbericht I der Arbeitsgruppe und dem Referentenentwurf I sah der Regierungsentwurf von einer entsprechenden Regelung bewußt ab. Die vom Bundesrat daraufhin angeregte Wiederaufnahme der Bestimmung wurde von der Bundesregierung mit dem Hinweis auf deren Überflüssigkeit abgelehnt.¹⁾ Erst der Rechtsausschuß des Bundestages nahm die Vorschrift als § 7 wieder in das AGBG auf.

Die Rechtsprechung hat zu dieser Kontroverse bislang noch nicht explizit Stellung bezogen. Vereinzelt wird zwar ausdrücklich auf den Rechtsbegriff der Gesetzesumgehung Bezug genommen und § 7 AGBG angewendet. So hat das Landgericht Freiburg²⁾ eine Klausel für unwirksam erklärt, die den Verkäufer einer Ware trotz eines individuell fest vereinbarten Liefertermins berechnigte und verpflichtete, "die bestellte Ware in der Zeit zwischen einer Woche vor und 4 Wochen nach dem vereinbarten Termin zu liefern". Das Gericht sah in dieser Regelung nicht nur eine Bestimmung der Leistungszeit, die allein nach § 10 Nr. 1 AGBG zu überprüfen gewesen wäre, sondern auch eine

1) BT-Drucks. 7/3919, S. 60

2) Urteil vom 10. 12. 1981 - 1 O 340/81 -,
abgedruckt bei Bunte AGBE II Nr. 2 zu
§ 7 AGBG

Regelung der Verzugsfolgen. Diese würden hier entgegen § 11 Ziff. 8 AGBG in der Weise beschränkt, daß der Verkäufer bei einer vierwöchigen Überschreitung des Liefertermins auch dann nicht für einen etwaigen Verzugsschaden des Kunden hafte, wenn er ohne weiteres in der Lage gewesen wäre, zu dem vereinbarten Zeitpunkt zu liefern. Das Landgericht Dortmund¹⁾ hat eine salvatorische Klausel unter Heranziehung der §§ 7 und 9 II Ziff. 1 AGBG für unwirksam erklärt, die den Verwender berechtigte, eine "unwirksame Bestimmung durch eine wirksame Regelung zu ersetzen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem der unwirksamen Bestimmung soweit wie möglich entspricht".

Die in diesen beiden Entscheidungen festgestellte Unwirksamkeit hätte jedoch auch ohne Rückgriff auf § 7 AGBG durch eine direkte oder analoge Anwendung der §§ 11 Ziff. 8 bzw. 9 II Ziff. 1 AGBG begründet werden können.

Dies zeigt, daß der Vorschrift des § 7 AGBG keine eigenständige Bedeutung zukommt; sie ist lediglich deklaratorischer Natur.²⁾

Für die Gesetzesumgehung ist kennzeichnend, daß der Handelnde sein Verhalten bewußt so einrichtet, daß es vom Tatbestand einer Norm nicht erfaßt wird, weil ihm die Norm nachteilig ist ("Normvermeidung"³⁾). Der Handelnde versucht da-

1) Urteil vom 14. 6. 1982 - 8 O 551/81 -, abgedruckt bei Bunte AGBE III Nr. 46 zu § 11 Ziff. 10 b AGBG

2) Wolf/Horn/Lindacher § 7, Rdn. 1

3) Huber Jura 1970, 797

mit den Wortlaut der Vorschrift gegen deren erkennbaren Sinngehalt auszuspielen. Das zu entscheidende Rechtsproblem besteht nun darin, ob die Norm entgegen ihrem Wortlaut angewendet werden soll, weil der zu beurteilende Sachverhalt die gleiche Bewertung verdient. Diese Rechtsfrage ist aber identisch mit derjenigen, die zur Entscheidung über die analoge Anwendung einer Norm führt.¹⁾

Auch die Befürworter der Gesetzesumgehung als eines eigenständigen Rechtsinstituts sind nicht in der Lage, besondere Merkmale dieser Figur nachzuweisen, die deren "spezifischer Problematik"²⁾ gegenüber der Analogie gerecht werden könnten. Der Streit dürfte deshalb im Kern weitgehend begrifflicher Natur sein. Dennoch sollte herausgestellt werden, daß es jenseits der Analogie keine Möglichkeit der Zuordnung eines Sachverhalts zu einer Norm geben kann. Eine "Methode außergesetzlicher Rechtsfindung"³⁾ kann auch bei Vorhandensein einer Blankettvorschrift wie § 7 AGBG nicht anerkannt werden.

Der Begriff der Gesetzesumgehung hat somit keine eigenständige juristische Bedeutung. § 7 AGBG mag als klarstellender Hinweis verstanden werden, die Möglichkeit analoger Anwendung von Vorschriften des AGBG besonders zu beachten.⁴⁾ Die im Zusammenhang mit salvatorischen Klauseln denk-

1) Teichmann, S. 50 ff und 78 ff / Huber Jura 1970, 797

2) MK (Mayer-Maly) § 134, Rdn. 13

3) Teichmann, S. 105

4) So auch Wolf/Horn/Lindacher § 7, Rdn. 1

baren Analogieschlüsse werden deshalb im Rahmen der jeweils "umgangenen" Bestimmung des AGBG und nicht isoliert im Rahmen des § 7 AGBG geprüft.

d) Salvatorische Klauseln und die Unklarheitenregel des § 5 AGBG

Nach § 5 AGBG gilt im Individualprozeß immer diejenige Auslegungsvariante einer mehrdeutigen AGB-Regelung, die sich typischerweise am stärksten zugunsten der Kundenseite auswirkt.¹⁾ Die Vorschrift wird in Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ vereinzelt auch herangezogen, um die Unwirksamkeit einer Klausel in AGB zu begründen. So hält Schlosser⁴⁾ eine gesetzesverweisende Klausel dann nach § 5 AGBG für "schlechthin unwirksam", wenn sie nicht nur in Randzonen Unklarheiten aufweise, sondern durchgehend Unklarheit verbreite. Nach Löwe⁵⁾ "scheitert jede Rechtswirkung" einer gesetzesverweisenden Klausel an § 5 AGBG. Das LG München I⁶⁾ ist schließlich der Ansicht, eine gesetzesverweisende Klausel "verstoße" gegen § 5 AGBG.

1) Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdn. 22.
A. A. Staudinger (Schlosser) § 5, Rdn. 16, der auf die konkrete Vertragsabwicklungssituation abstellt. Der Auffassung Schlossers kann jedoch nicht gefolgt werden, weil der Grundsatz der Auslegung nach objektiven Gesichtspunkten ein wesentliches Prinzip der Sonderbehandlung von AGB darstellt (BGH NJW 1961, 212 / 1974, 1136. A. A. Stein § 5, Rdn. 19). Andere Grundsätze, wie beispielsweise die Revisibilität der Auslegung von AGB, setzen diese Art der Auslegung voraus.

2) LG München I BB 1979, 702

3) Schlosser WM 1978, 569 und in Staudinger § 11 Nr. 7, Rdn. 28 / Löwe BB 1982, 158

4) A. a. O. FN 3

5) A. a. O. FN 3

6) A. a. O. FN 2

Nach richtiger Auffassung kann § 5 AGBG weder die Nichtigkeit einer Vertragsbestimmung bewirken, noch kann überhaupt gegen diese Vorschrift verstoßen werden. Es handelt sich lediglich um eine Auslegungsregel, die etwas über den rechtlich maßgeblichen Inhalt einer Klausel aussagt. Sie kann eine Vertragsbestimmung auf diese Weise zwar bis zur Wirkungslosigkeit beschneiden, sagt jedoch nichts über deren Wirksamkeit aus.¹⁾

In diesem Sinne hat § 5 AGBG auch bei salvatorischen Klauseln einen Anwendungsbereich, soweit diese im Einzelfall Unklarheiten aufweisen. Solche Unklarheiten treten jedoch nur unter besonderen Umständen auf und sind im übrigen bereits weitgehend im Rahmen der nach der Systematik des AGBG vorrangigen Vorschriften über die Einbeziehung in den Vertrag (§§ 2 und 3 AGBG) zu prüfen.²⁾

e) Salvatorische Klauseln und § 138 BGB

aa) Sittenwidrigkeit salvatorischer Klauseln

Die Vorschrift des § 138 BGB hat im Bereich von AGB durchaus noch einen eigenständigen Anwendungsbereich. Nach allgemeiner Auffassung ist § 138 BGB heranzuziehen, wenn die Anstößigkeit gerade in der Häufung unangemessener Vertragsbestimmungen begründet liegt,³⁾ wenn Interessen Dritter betroffen

1) So auch Witte, S. 310

2) Vgl. dazu oben B IV 5

3) BGH NJW 1979, 805 / 1980, 1346 / 1981, 931 / Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 32 / Staudinger (Schlosser) § 9, Rdn. 10

werden¹⁾ oder wenn das AGBG überhaupt nicht anwendbar ist, insbesondere wenn es sich um Verträge auf den Gebieten des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts handelt (§ 231 I AGBG).²⁾

Jedoch dürften salvatorische Klauseln in aller Regel nicht gegen die guten Sitten verstoßen, weil sie nicht das erforderliche Maß an Anstößigkeit erreichen.³⁾ Aus dem objektiven Inhalt salvatorischer Klauseln kann ihre Sittenwidrigkeit in keinem Fall hergeleitet werden; denn weder die Ersetzung unwirksamer Vertragsbestimmungen durch wirksame noch die Bezugnahme auf das rechtlich "Noch-Zulässige" bedeutet eine derart schwerwiegende Interessenbeeinträchtigung, daß § 138 BGB ernsthaft in Betracht zu ziehen wäre.⁴⁾

-
- 1) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9, Rdn. 8 / Brandner und Schlosser a. a. O., S. 126 FN 3 / Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 18 / BGH NJW 1979, 2387
 - 2) Koch/Stübing § 9, Rdn. 13 / Brandner und Schlosser a. a. O., S. 126 FN 3.
Zu den Unterschieden der Prüfungsmaßstäbe des § 9 AGBG und des § 138 BGB im Überblick Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 15 ff
 - 3) § 138 BGB setzt auch unter objektiven Gesichtspunkten erst erheblich nach der Wirksamkeitsschranke des § 9 AGBG ein. Vgl. dazu Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 32 und Wolf FS Baur, S. 148. Nach Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 16 muß für einen Verstoß gegen § 138 BGB eine grobe Interessenbeeinträchtigung von erheblicher Stärke vorliegen, die wesentlich über das hinausgeht, was nach § 9 AGBG eine unangemessene Benachteiligung darstellt.
A. A. Thamm BB 1980, 22, nach der auch § 9 eine sehr starke Unausgewogenheit und Anstößigkeit voraussetzt.
 - 4) So im Ergebnis wohl die ganz h. M. in Rechtsprechung und Literatur. Soweit ersichtlich, ist die Unwirksamkeit salvatorischer Klauseln bislang in noch keinem einzigen Fall mit § 138 BGB begründet worden.

Allein schon die Tatsache, daß salvatorische Klauseln stets Gestaltungen anstreben, die ihrerseits gesetzeskonform sind, schließt im Regelfall eine Sittenwidrigkeit aus. In Einzelfällen ist es allerdings denkbar, daß sich die Sittenwidrigkeit aus dem Gesamtcharakter¹⁾ von Inhalt, Zweck und Beweggrund der Regelung ergibt. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn gesetzesverweisende Klauseln nur zu dem Zweck verwendet werden, den Vertragspartner bzw. Dritte zu verunsichern und über ihre Rechte im unklaren zu lassen.²⁾

bb) Anwendbarkeit von Ersetzungsklauseln auf sittenwidrige Vertragsbestimmungen

Ist eine Vertragsbestimmung nach § 138 BGB unwirksam, stellt sich die Frage, ob über § 139 BGB im Zweifel das gesamte Rechtsgeschäft nichtig ist oder ob § 6 AGBG Anwendung finden und dabei ggf. durch eine salvatorische Klausel modifiziert werden kann. Für die Anwendung des § 139 BGB spricht eine Formulierung in der Begründung zum § 5 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung:³⁾

"Die Vorschrift regelt Fragen, die sich in bezug auf den Vertrag ergeben, wenn AGB nach den Vorschriften des Gesetzes entweder nicht Vertragsbestandteil werden (§§ 2 und 3) oder unwirksam sind (§§ 7 bis 9)."⁴⁾

1) Dazu Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 14

2) Das oben B IV 5 b, bb genannte Beispiel dürfte einen solchen Ausnahmefall darstellen.

3) BT-Drucks. 7/3919, S. 20. Die Vorschrift des § 5 des Regierungsentwurfs entsprach im wesentlichen dem heutigen § 6 AGBG.

4) Die Unterstreichungen sind Hervorhebungen des Verfassers.

Es sprechen aber gewichtige Argumente für eine Gleichbehandlung des § 138 BGB mit den Unwirksamkeitsvorschriften des AGBG. Die Aufrechterhaltung des Restgeschäfts durch § 6 AGBG hat ihren Grund nämlich im AGB-Charakter des Vertrages und nicht in der Zugehörigkeit der Unwirksamkeitsvorschrift zum AGBG. Bei Verwendung von AGB spricht der hypothetische Parteiwille und das besondere Schutzbedürfnis des Kunden¹⁾ für eine solche Aufrechterhaltung. Diese beiden Gesichtspunkte bleiben auch dann zu beachten, wenn eine Vertragsbestimmung gem. § 138 BGB nichtig ist. Sind durch diese Bestimmung auch andere Interessen als die des Vertragspartners berührt, erscheint es ausreichend, diese Beeinträchtigungen durch den Wegfall der Vertragsbestimmung auszuräumen. Für eine darüber hinausgehende Sanktion besteht weder ein praktisches Bedürfnis noch eine rechtliche Legitimation.²⁾ Die angeführte Passage der Regierungsbegründung ist somit dahin auszulegen, daß sie die Unwirksamkeitsgründe außerhalb des AGBG nicht von einer Anwendung des § 6 AGBG ausschließen will.

Zusammenfassend bleibt damit festzustellen, daß Ersetzungsklauseln auch auf solche Vertragsbestimmungen anwendbar sind, die nach § 138 BGB

1) Regierungsbegründung BT-Drucks. 7/3919, S. 20 / Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 22

2) Die Ausführungen oben B IV 6 b aa (1) gelten hier entsprechend.

- oder sonstigen Vorschriften außerhalb des AGBG - unwirksam sind.¹⁾

7. Die Ersatzregelungen aufgrund salvatorischer Klauseln

Die aufgrund salvatorischer Klauseln entstandenen Ersatzregelungen müssen ihrerseits wirksam sein. Ausgehend vom Rechtscharakter dieser Ersatzbestimmungen soll nachfolgend untersucht werden, ob und ggf. welche besonderen Anforderungen an ihre Rechtswirksamkeit zu stellen sind.

a) Rechtscharakter der Ersatzregelungen

Eine bereits in den AGB konkret festgelegte Ersatzbestimmung (Ersetzungsklausel vom Typ 5) ist ihrerseits AGB, weil sie, wenn auch als uneigentlich²⁾ aufschiebend bedingte Regelung, der anderen Vertragspartei bei Abschluß des Vertrages gestellt wird. Die mit Hilfe der Ersetzungsklauseln vom Typ 1 bis 3 gefundenen Ersatzbestimmungen sind dagegen nicht AGB, weil sie nicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und bei Vertragsschluß gestellt, sondern erst später im konkreten Bedarfsfall durch den Verwender (Typ 1) bzw. einen Dritten (Typ 2) entworfen werden oder einer Einigung der Parteien vorbehalten sind (Typ 3).

1) So im Ergebnis auch die h. M.: Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 6, Rdn. 3 / Palandt (Heinrichs) § 6, Anm. 2 b / MK (Kötz) § 6, Rdn. 3 / MK (Löwe) § 651 K, Rdn. 10 / Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 3 / Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 10 / Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 2 ff / Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 22. A. A. Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 32

2) Dazu oben B IV 4a

Problematisch ist hingegen der Rechtscharakter derjenigen Ersatzbestimmungen, die auf eine Reduktionsklausel (Typ 4) zurückgehen. Für deren Eigenschaft als AGB spricht, daß Reduktionsklauseln in aller Regel einen bestimmten inhaltlichen Maßstab zur Konkretisierung der zu schaffenden Ersatzbestimmung enthalten. Durch die Verweisung - beispielsweise auf das gesetzlich "Noch-Zulässige" - wird die Ersatzbestimmung weitgehend bestimmbar und vorhersehbar. Diese Kalkulierbarkeit geht jedoch in der Regel nicht soweit, daß bereits bei Vertragsschluß eine bestimmte Ersatzregelung formulierbar ist, die mit ausschließlichem Geltungsanspruch ausgestattet wäre. § 1 I Satz 1 AGBG verlangt aber eine konkrete Formulierung schon bei Abschluß des Vertrages. Dies klingt schon im Gesetzestext an, der den Begriff "Vorformulierung"¹⁾ verwendet. Es entspricht auch allgemeiner Ansicht, daß die Vorformulierung als formales Merkmal zu verstehen ist.²⁾ Auch diese Ersatzbestimmungen haben daher keinen AGB-Charakter.

Den Ersatzbestimmungen müßte nicht einmal dann zwingend ein AGB-Charakter zukommen, wenn tatsächlich immer wieder dieselben Formulierungen festgesetzt würden. Diese Uniformität könnte nämlich auch durch eine Identität der Interessenlage in den jeweiligen Einzelfällen bedingt und somit zufällig sein. Man kann also nicht allein aus der Anzahl der identischen Ersetzungen darauf schließen, daß es sich bei den Ersatzregelungen um AGB handelt. Der AGB-Charakter wäre aber dann zu bejahen, wenn eine Vorformulierung - und sei es auch nur "im Kopf" - für eine geplante Vielzahl von Verträgen vorliegen würde.

1) Die Unterstreichung ist eine Hervorhebung des Verfassers.

2) Wolf/Horn/Lindacher § 1, Rdn. 11 / Ulmer/Brandner/Hensen § 1, Rdn. 20 / Staudinger (Schlosser) § 1, Rdn. 16 / derselbe in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 1, Rdn. 17 / Dittmann/Stahl § 1, Rdn. 35 / Stein § 1, Rdn. 8

b) Inhaltliche Anforderungen an die Ersatzregelungen

aa) Notwendigkeit besonderer Anforderungen

Handelt es sich bei den zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht formulierten Ersatzregelungen somit nicht um AGB, stellt sich die Frage, ob ihre inhaltliche Ausgestaltung irgendwelchen besonderen Anforderungen genügen muß. Ohne jede besondere Inhaltskontrolle würde sich die aufgrund der Schutzvorschriften des AGBG eingetretene Unwirksamkeitsfolge im Ergebnis zum Nachteil des Kunden auswirken können, weil über die Ersetzungsklausel Ersatzbestimmungen in den Vertrag eingeführt werden könnten, die den Kunden noch gravierender benachteiligen als die unwirksame AGB-Regelung selbst. Der Verwender könnte beispielsweise eine Vertragsbestimmung, die nach den §§ 9 - 11 AGBG unwirksam ist, durch eine ihm noch günstigere ersetzen, auf die das betreffende Klauselverbot nur deshalb keine Anwendung mehr findet, weil bereits § 1 AGBG nicht mehr gegeben ist.¹⁾

Die Notwendigkeit besonderer Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der Ersatzregelung liegt damit auf der Hand. Fraglich bleibt allein, welche Anforderungen insoweit zu stellen sind und wie dies dogmatisch begründet werden kann. Als Kontrollmaßstab könnte man entweder auf die §§ 315 ff BGB oder auf eine analoge Anwendung des AGBG zurückgreifen.

bb) Anwendung der §§ 315 ff BGB

Die Gestaltungsmacht des Bestimmungsberechtigten

1) Baumann NJW 1978, 1955

könnte durch die begrifflich anwendbaren¹⁾

§§ 315 ff BGB hinreichend beschränkt sein, so daß sich eine analoge Anwendung des AGBG erübrigen würde.

Der wesentliche Regelungsgehalt dieser Vorschriften liegt in der Beschränkung der Rechtsmacht des Bestimmungsberechtigten auf den Maßstab des "billigen Ermessens" für den Fall, daß nichts Abweichendes vereinbart bzw. im Wege der Auslegung feststellbar ist. Der Billigkeitsmaßstab des § 315 BGB ist also im Gegensatz zu § 9 AGBG dispositiv.²⁾ Ersetzungsklauseln enthalten aber entweder selbst einen konkreten Maßstab, oder es kann durch Auslegung die "wirtschaftliche Funktion" der unwirksamen Regelung im konkreten Vertragswerk als maßgeblicher Orientierungspunkt für die Lückenausfüllung ermittelt werden.³⁾

Diese Maßstäbe sind vom "billigen Ermessen" der §§ 315 ff BGB zu unterscheiden. Während das "billige Ermessen" nach allgemeiner Auffassung dahin verstanden wird, daß damit Austauschgerechtigkeit im Einzelfall erreicht werden soll,⁴⁾ ist der Maßstab der "wirtschaftlichen Funktion" einer Regelung primär an den Interessen der Vertragspartei orientiert, zu deren Vorteil die unwirksame Bestimmung gereichen sollte. Damit kann festgestellt werden, daß die Rechtsfolgen der §§ 315 ff BGB durch eine Ersetzungsklausel abbedungen sind und diese Vorschriften deshalb nicht ohne weiteres angewendet werden können.

Man könnte schließlich noch erwägen, die Rechtsfolge der §§ 315 ff BGB, nämlich die Bindung der Entscheidungsbefugnis des Bestimmungsberechtigten

1) Siehe oben B IV 4 a

2) Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rdn. 34

3) Siehe unten B IV 9 b

4) MK (Söllner) § 315, Rdn. 16 / v. Hoyningen-Huene, S. 119 f m. w. N.

an den Maßstab des billigen Ermessens, in der Weise analog anzuwenden, daß von der Ersetzungsbefugnis jeweils nur im Rahmen des billigen Ermessens Gebrauch gemacht werden darf.¹⁾

Eine solche Bindung an den Maßstab des billigen Ermessens entspräche jedoch nicht dem in der Ersetzungsklausel niedergelegten Parteiwillen und wäre deshalb mit der Dispositivität der §§ 315 ff BGB nicht vereinbar. Man würde auch über das Ziel hinausschießen zu verhindern, daß der Verwender sich vermittels einer Ersetzungsklausel dem Anwendungsbereich des AGBG entzieht; denn auch das AGBG verlangt nicht die Ausrichtung jeder Vertragsbestimmung am billigen Ermessen, sondern gestattet in gewissen Grenzen auch eine einseitige Interessenverfolgung. Schließlich ist der Maßstab des § 315 BGB auch zu grob. Ihm fehlen leicht faßliche und praktikierbare Konturen. Nach herrschender Meinung²⁾ verbleibt dem Bestimmungsberechtigten im Rahmen der §§ 315 ff BGB ein Spielraum, so daß er unter mehreren möglichen Ausgestaltungen wählen kann. Hierin dürfte ein erheblicher Konfliktstoff für gerichtliche Aus-

1) So Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 38 f und Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 11 für individualvertraglich vereinbarte Ersetzungsklauseln. Schlosser sieht darüber hinaus das Ermessen des bestimmenden Teils noch durch das AGBG beschränkt. Eine Ersatzregelung entspricht danach dann nicht mehr billigem Ermessen, wenn sie einen Inhalt hat, der als AGB nicht wirksam vereinbart werden könnte. Vorformulierte Ersetzungsklauseln halten beide Autoren dagegen für unwirksam. Für die Anwendung der §§ 315 ff BGB offenbar auch Witte, S. 285 und 299.

2) BAG AP § 611, Nr. 84 / Enneccerus/Nipperdey 1 HB § 50 II, 2, S. 309 / Neumann-Duesberg JZ 1952, 707. A. A. v. Hoyningen-Huene, S. 41 - 43

einandersetzungen liegen. Insgesamt gesehen, können die §§ 315 ff BGB daher für eine Kontrolle des Inhalts der Ersatzregelungen nicht herangezogen werden.

cc) Analoge Anwendung des AGBG

Eine andere Auffassung in der Literatur verlangt, die Ersatzregelungen den Vorschriften des AGBG über die Inhaltskontrolle (§ 9 - 11) zu unterwerfen. Baumann¹⁾ begründet dies mit einer Anwendung des § 7 AGBG, während Garrn²⁾ und Witte³⁾ die Ersetzungsklauseln in der Weise auslegen wollen, daß der Verwender bei der Gestaltung der Ersatzregelung das AGBG beachten solle.

Eine solche Auslegung ist jedoch nicht möglich. Man kann den Parteien nämlich nicht den Willen unterstellen, bei der Gestaltung der Ersatzregelung das AGBG beachten zu wollen. Dies wäre eine reine Fiktion. Der Wille des Verwenders geht lediglich dahin, eine wirksame Ersatzbestimmung zu schaffen. Wie diese beschaffen sein muß, insbesondere ob auf die Ersatzbestimmung das AGBG anwendbar ist, entzieht sich seiner Kenntnis. Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum der Verwender den Willen haben sollte, das AGBG zu beachten. Ein solcher Wille könnte allenfalls dann unterstellt werden, wenn er insoweit tatsächlich verpflichtet wäre, das AGBG zu beachten. Dies ist jedoch gerade die Frage.

1) NJW 1978, 1955

2) JA 1981, 152 f. Dieses Ergebnis soll jedoch nur bei Ersetzungsklauseln gelten, die durch Individualabrede vereinbart worden sind. Bei vorformulierten Ersetzungsklauseln müsse die Ersatzregelung die Interessen beider Parteien in einer den Bestimmungen des dispositiven Rechts gleichwertigen Weise berücksichtigen.

3) S. 286 FN 22

Eine Anwendung des AGBG auf die Ersatzregelungen ergibt sich aber auch ohne eine entsprechende Vereinbarung nach allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesanalogie, mag man diese nun selbständig oder im Rahmen des § 7 AGBG¹⁾ prüfen. Der tragende Gesichtspunkt für eine analoge Anwendung besteht darin, daß die Ersatzregelungen aus den AGB entwickelt werden müssen. Zwar entsteht die konkrete Ersatzbestimmung erst aufgrund einer individuellen Willensentscheidung des Bestimmungsberechtigten. Dieser ist in der Ausgestaltung jedoch nicht frei, sondern an Vorgaben gebunden, die sich aus der nichtigen bzw. nicht Vertragsbestandteil gewordenen Bestimmung selbst, der Ersetzungsklausel sowie dem Gesamtzusammenhang des AGB-Vertrages ergeben. Insoweit ist also eine inhaltliche Abhängigkeit der Ersatzbestimmung von den dem Vertrag zugrundeliegenden AGB festzustellen. Der wesentliche Inhalt der Ersatzbestimmung folgt somit aus AGB. Für die Inhaltskontrolle sollte deshalb auch das AGBG herangezogen werden.

Ein weiteres Argument ergibt sich aus dem Schutzzweck der Vorschriften des AGBG. Dieser würde unterlaufen, wenn es dem Verwender mit Hilfe der Ersetzungsklausel ermöglicht würde, Vertragsbestimmungen nachträglich einzuführen, die einer Inhaltskontrolle nach den §§ 9 - 11 AGBG nicht mehr unterliegen. Es wäre ungereimt, den Verwender auf diese Weise für die unangemessene Klauselgestaltung gleichsam zu belohnen.

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß das AGBG auch auf diejenigen Ersatzbestimmungen

1) So Baumann NJW 1978, 1955. Zur Bedeutung des § 7 AGBG vgl. oben B IV 6 c .

analog anwendbar ist, die selbst keinen AGB-Charakter haben.

8. Ersetzungsklauseln als Individualabreden

Die bisher aufgezeigten AGB-spezifischen Bedenken gegenüber Ersetzungsklauseln könnten entfallen, wenn diese Klauseln Gegenstand einer individuellen Vereinbarung sind.

Es ist allgemein anerkannt, daß die Parteien eines AGB-Vertrages eine unwirksame Bestimmung durch eine individualvertraglich vereinbarte Regelung ersetzen können.¹⁾ Dies folgt aus der Überlegung, daß die von § 6 II AGBG in Bezug genommenen "gesetzlichen Vorschriften" des dispositiven Rechts ihre Dispositivität durch die Verweisung nicht verlieren können und deshalb einer abweichenden Vereinbarung nach wie vor zugänglich sein müssen.²⁾ Hieraus wird verbreitet der Schluß gezogen, daß dann auch individualvertraglich vereinbarte salvatorische Klauseln ohne weiteres zulässig sein müßten.³⁾ Solche Bestimmungen seien rechtlich unbedenklich, weil das AGBG nicht vor Klauseln schützen wolle, die Gegenstand einer Individualvereinbarung seien.⁴⁾

1) Garrn JA 1981, 152 / Baumann NJW 1978, 195⁴ f / Koch/Stübing § 6, Rdn. 4 / Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdn. 38

2) Baumann NJW 1978, 195⁴ f

3) Garrn JA 1981, 152 / Baumann NJW 1978, 195⁴ f. Im Ergebnis ebenso die ganz h. M.: Staudinger (Schlosser) § 6, Rdn. 11 / Palandt (Heinrichs) § 6, Anm. 3 / Erman (Hefermehl) § 6, Rdn. 12 / Soergel (Lange/Hefermehl) Vorb. § 145, Rdn. 126/ MK (Kötz) § 6, Rdn. 14 / im Grundsatz auch Wolf/Horn/Lindacher § 6, Rdn. 19

4) MK (Kötz) § 6, Rdn. 14

Gegenüber dieser Schlußfolgerung sind jedoch Bedenken anzumelden. Individualabreden sind einer Inhaltskontrolle durch das AGBG nur dann entzogen, wenn sie einen bestimmten, abgrenzbaren Gegenstand betreffen, d. h. wenn sich das Aushandeln jeweils auf eine bestimmte Vertragsbedingung bezieht.¹⁾ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 1 II AGBG, demzufolge AGB nicht vorliegen, "soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen"²⁾ ausgehandelt sind". Pauschale Vereinbarungen, wie beispielsweise eine auf das Klauselwerk insgesamt bezogene individualvertragliche Einbeziehungsabrede, erfüllen diese Voraussetzung nicht.

Eine Überprüfung der Ersetzungsklauseln unter diesem Gesichtspunkt ergibt folgendes: Sie sind einerseits unselbständig, weil sie eine Wirkung nur im Zusammenhang mit den zu ersetzenden Vertragsbestimmungen entfalten können. Sie nehmen im Regelfall sämtliche Vertragsbestimmungen pauschal in Bezug und betreffen so gesehen nicht einen bestimmten, abgrenzbaren Gegenstand, sondern die Gesamtheit aller Bestimmungen des Vertrages. Andererseits läßt sich die abstrakte Frage nach der Art und Weise der Ersetzung unwirksamer oder nicht Vertragsbestandteil gewor-

1) Ulmer/Brandner/Hensen § 1, Rdn. 45 / Vgl. auch die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 7/3919, S. 17. Dabei ist der Begriff der Vertragsbedingung inhaltlich-sachlich zu bestimmen; d. h. nur selbständige, in sich abgeschlossene Regelungen gelten als Vertragsbedingung in diesem Sinne, unabhängig von ihrem drucktechnischen Zusammenhang.

2) Die Unterstreichungen sind Hervorhebungen des Verfassers.

dener Klauseln begrifflich auch als einzelnes, in sich abgeschlossenes Regelungsproblem verstehen. Für diese Betrachtungsweise könnte weiter sprechen, daß meist nur eine oder einige wenige Bestimmungen eines Bedingungswerkes von der Unwirksamkeitsfolge bedroht sind. Die Frage der Ersetzung stellt sich daher in der praktischen Anwendung typischerweise als ein Problem der einzelnen Vertragsbestimmung und nicht als ein Problem des gesamten Vertrages dar.

Jede dieser Betrachtungsweisen beschreibt einen Aspekt desselben Tatbestands. Es dürfte deshalb zutreffend sein, insoweit von einem gemischten Tatbestand zu sprechen, der sich aus der individualvertraglich vereinbarten salvatorischen Klausel und ihren Bezugspunkten, den einzelnen vorformulierten Vertragsbestimmungen, zusammensetzt. Damit stellt sich die Frage, ob ein solcher Mischtatbestand anders zu beurteilen ist als eine reine AGB-Regelung.

Das AGBG hält insoweit keine Antwort bereit. § 4 AGBG trifft lediglich eine Aussage über den Geltungsvorrang bei konkurrierenden AGB- und Individualvereinbarungen, nicht jedoch über die Inhaltskontrolle bei gemischten Tatbeständen, in denen sich Individualvereinbarungen und AGB ergänzen.

Die besseren Argumente sprechen dafür, salvatorische Klauseln in Individualabreden und die daraus ggf. resultierenden Ersatzklauseln nach AGB-Grundsätzen zu behandeln. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, daß sich eine Ersetzungsklausel nach Art einer Blankettvorschrift auf

alle Vertragsbestimmungen bezieht und somit nicht nur eine, sondern mehrere Regelungen enthält. Vermittels der salvatorischen Klausel wird praktisch eine vollständige¹⁾ Ersatzvertragsordnung bereitgehalten, die ggf. aus den primär vereinbarten AGB abzuleiten ist. Die wirtschaftliche Zweckbestimmung der unwirksamen AGB bildet dabei die Richtschnur für die Neuregelung. Kenntnis und Verständnis der AGB sind somit Voraussetzung für die richtige Erfassung von Inhalt, Bedeutung und Tragweite der Ersetzungsklausel. Damit besteht eine enge Verknüpfung zwischen der individualvertraglich vereinbarten Ersetzungsklausel und den AGB. Der größte Teil der inhaltlichen Aussage und damit auch der Verständnisschwierigkeiten hinsichtlich der Ersetzungsklausel liegt in den AGB begründet. Diese enthalten den materiellen Inhalt, während die Ersetzungsklauseln lediglich beschreiben, in welcher Weise etwaige Änderungen vorzunehmen sind. Deshalb läßt sich die Feststellung treffen, daß der Verwender auch bei einer individualvertraglich vereinbarten Ersetzungsklausel einseitige Gestaltungsmacht für sich in Anspruch nimmt. Aufgrund seines Vorbereitungsvorteils²⁾ kann er die AGB besser überblicken und die möglichen Auswirkungen der salvatorischen Klausel besser beurteilen. Für seinen Vertragspartner ist deshalb bei realistischer Betrachtung ein Einblick in die Tragweite der individuell vereinbarten Ersetzungsklausel ebenso schwer, wie ein Einblick in die AGB selbst.

-
- 1) Etwas anderes gilt selbstverständlich für salvatorische Klauseln mit konkreten Ersatzbestimmungen. Diese sind jedoch schon als AGB unbedenklich.
 - 2) Die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 7/3919, S. 13 spricht von "organisatorischem Vorsprung".

Was die Ersetzungsklausel für den Vertragspartner des Verwenders in concreto bedeuten kann, vermag dieser erst nach einer Zusammenschau mit sämtlichen AGB zu erkennen. Bei wertender Betrachtung tritt somit der individualvertragliche Charakter der Ersetzungsklausel in den Hintergrund, und es erscheint ein Schutz des Vertragspartners des Verwenders vor einer solchen Gestaltung ebenso angezeigt wie der Schutz vor einer reinen AGB-Regelung.

Individualvertraglich vereinbarte Ersetzungsklauseln und die auf sie zurückgehenden Ersatzregelungen sind deshalb in gleicher Weise zu beurteilen wie solche in AGB.

Etwas anderes könnte sich allerdings ergeben, wenn die Ersetzungsklausel nur auf eine bestimmte Regelung des Vertrages bezogen ist. In diesem Falle wäre jedenfalls das eben festgestellte Übergewicht des vorformulierten Teils des gemischten Tatbestandes reduziert. Wenn dieses Übergewicht entfällt und der individualvertragliche Charakter der Ersetzungsklausel zum Tragen kommt, sollte sich dies auch in der rechtlichen Beurteilung niederschlagen, indem der Mischtatbestand in diesem Falle nach den Grundsätzen der Individualvereinbarung zu beurteilen ist. Wo hier die Grenze zu ziehen ist, von der an sich der individualvertragliche Charakter der salvatorischen Klausel durchsetzt, ist eine Frage des Einzelfalles und in abstracto schwer zu formulieren. Beispielhaft für eine individualvertragliche Gesamtbeurteilung ist folgender Fall: AGB, die unter anderem ein nach § 11 Nr. 5 a ABGB unwirksames Vertragsstrafeversprechen enthalten, ist individualvertraglich eine Ersetzungsklausel beigelegt, der

zufolge der Verwender berechtigt ist, die ggf. unwirksame Vertragsstrafe auf ein angemessenes Maß zu senken. Sein Vertragspartner kann hier den Anwendungsbereich und die möglichen Auswirkungen der Ersetzungsklausel ohne weiteres überblicken.

Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, daß die AGB-spezifischen Bedenken gegenüber Ersetzungsklauseln auch dann nicht entfallen, wenn sie in einem AGB-Vertrag individuell vereinbart werden. Ausnahmen können sich aber dann ergeben, wenn eine individuell ausgehandelte Ersetzungsklausel auf einen eng begrenzten Teil der AGB bezogen ist.

9. Auslegungsfragen

a) Zu eng gefaßter Anwendungsbereich bei Ersetzungsklauseln

Ersetzungsklauseln knüpfen relativ häufig nur an die Nichtigkeit von Vertragsbestimmungen gemäß den Vorschriften über die Inhaltskontrolle (§§ 9 - 11 AGBG) an, ohne auch diejenigen Fälle einzubeziehen, in denen eine Bestimmung aus sonstigen Gründen nicht Vertragsbestandteil geworden ist (§§ 2 - 4 AGBG).¹⁾ Es stellt sich dann die Frage, ob sie erweiternd dahingehend ausgelegt werden können, daß sie für alle Fälle gelten, in denen eine vertragliche Vereinbarung aus Rechtsgründen zwischen den Parteien keine Wirkung entfaltet.

1) So beispielsweise in der Entscheidung des BGH in NJW 1983, 159 ff

Für eine solche Auslegung spricht zunächst die Regelung des § 6 I und II AGBG. Dort wird kein Unterschied gemacht zwischen der Unwirksamkeit von AGB und dem Fehlschlagen ihrer Einbeziehung; das Gesetz ordnet beiden Tatbeständen dieselbe Rechtsfolge zu.

Für eine erweiternde Auslegung spricht ferner, daß in einer Ersetzungsklausel der Grundgedanke zum Ausdruck kommt, bei der Ausfüllung von Vertragslücken den Parteiwillen vor gesetzliche Regelungen zu stellen. Es ist nicht ersichtlich, welches Interesse die Parteien haben sollten, daß dieser Grundgedanke auf die Fälle der fehlgeschlagenen Einbeziehung gerade nicht angewendet wird. Die strukturellen Unterschiede der §§ 2 - 4 AGBG einerseits und der §§ 9 - 11 AGBG andererseits bieten dazu keinen ausreichenden Anlaß. Ganz im Gegenteil: Gerade weil die §§ 2 - 4 AGBG eine inhaltliche Unangemessenheit nicht voraussetzen, ist ein besonderes Interesse des Kunden, auf jeden Fall die gesetzliche Regelung zum Zuge kommen zu lassen, nicht anzunehmen.

Dieser Auslegung steht auch § 5 AGBG nicht entgegen. Die Vorschrift greift nach einhelliger Meinung¹⁾ erst dann ein, wenn die Mehrdeutigkeit einer Klausel durch andere Auslegungsmittel nicht beseitigt werden kann. Die Sinnermittlung ist aber in diesen Fällen gem. der vorstehend aufgezeigten Auslegung eindeutig, so daß § 5 AGBG nicht zum Zuge kommen kann.

1) BGH WM 1978, 11 / 79, 204 / Erman (Hefermehl)
§ 5, Rdn. 11 / Sambuc NJW 1981, 314 /
Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdn. 20

b) Die wirtschaftliche Funktion der unwirksamen Vertragsbestimmungen als maßgeblicher Orientierungspunkt bei der Auslegung von Ersetzungsklauseln

Es kommt nicht selten vor, daß Ersetzungsklauseln lediglich regeln, wer befugt sein soll, die Ersatzregelung zu bestimmen, jedoch keinen Maßstab festlegen, nach dem die Ersetzung vorzunehmen ist. Welcher Maßstab muß in einem solchen Fall zugrundegelegt werden?

Ersetzungsklauseln haben die Funktion, die Parteiherrschaft auf die Frage der nachträglichen Schließung von Vertragslücken auszudehnen. Der Parteiwille, der bereits in der unwirksamen Vertragsbestimmung zum Ausdruck gekommen ist, soll sich soweit wie möglich in der Ersatzregelung fortsetzen. Hieraus ergibt sich die allgemeine Auslegungsregel, daß Ersetzungsklauseln im Zweifel so zu verstehen sind, daß sie Ersatzregelungen herbeiführen sollen, die der wirtschaftlichen Funktion der unwirksamen Bestimmung möglichst nahekommen.

Dieser hauptsächlich im Rahmen der Umdeutung (§ 140 BGB) verwendete Maßstab¹⁾ ist auch bei der Auslegung heranzuziehen.²⁾ Dies ergibt sich daraus,

1) BGHZ 19, 273 / Palandt (Heinrichs) § 140, Anm. 2 a, bb / MK (Mayer-Maly) § 140, Rdn. 3 / Staudinger (Dilcher) § 140, Rdn. 2 / Erman (Brox) § 140, Rdn. 12 / Larenz AT § 23, III / Siller AcP 138, 146

2) So ausdrücklich Hager, S. 140 f. Teilweise wird ein relevanter Unterschied zwischen Auslegung und Umdeutung überhaupt verneint. So z. B. Krampe, S. 284 ff / Hager, S. 115 ff und 155

daß Auslegung Sinnermittlung bedeutet und der Sinn eines Rechtsgeschäfts maßgeblich in dessen wirtschaftlicher Funktion begründet liegt.¹⁾ Es dürfte als ein wichtiges Indiz für die Richtigkeit dieses Ergebnisses zu werten sein, daß in der Praxis diejenigen Ersetzungsklauseln, die einen inhaltlichen Maßstab festlegen, zu diesem Zweck ganz überwiegend auf die "wirtschaftliche Funktion" der unwirksamen Bestimmung Bezug nehmen.²⁾

Der Begriff der "wirtschaftlichen Funktion" ist jedoch nicht unproblematisch, weil er von den Parteien aus der Sicht ihrer eigenen Interessen unterschiedlich interpretiert werden kann. Es ist deshalb darauf hinzuweisen, daß die "wirtschaftliche Funktion" objektivierend, d. h. unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien zu ermitteln ist. Diese Interessen sind jedoch nur insoweit zu berücksichtigen, als sie in dem Vertrag zum Ausdruck gekommen sind; d. h. die ursprünglich vorgenommene Abgrenzung ihrer vertraglichen Positionen muß relativ erhalten bleiben.

c) Einheitliche Auslegung bei gesetzesverweisenden Klauseln

Bei gesetzesverweisenden Klauseln findet sich eine Vielzahl von Formulierungsvarianten. Einige dieser salvierenden Zusätze seien beispielhaft erwähnt: "soweit dies rechtlich/gesetzlich zu-

1) Danz, S. 10

2) So z. B. die bei Bunte AGBE III unter Nr. 46 zu § 11 Nr. 10 b zitierte Ersetzungsklausel

lässig ist", "soweit dem zwingende gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen" oder "im Rahmen des geltenden Rechts".

Diesen Unterschieden in der Formulierung sollte im Ergebnis keine Bedeutung beigemessen werden.¹⁾ So wäre es nicht interessengerecht, die Variante, die auf "zwingende gesetzliche Vorschriften" abstellt, dahin auszulegen, als seien damit nur Rechtssätze mit Gesetzesrang gemeint. Die Parteien wollen mit dieser Formulierung vielmehr auf die Auffassung des ggf. mit dieser Frage befaßten Gerichts über das rechtlich "Noch-Zulässige" unter Einbeziehung aller Rechtsquellen abstellen. Danach wäre all jenes als nicht vereinbart anzusehen, was aus Rechtsgründen der Wirksamkeit der betreffenden Vertragsbestimmung entgegenstehen würde.

d) Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt bei
gesetzesverweisenden Klauseln

Bei der Beurteilung von Inhalt und Tragweite einer gesetzesverweisenden Klausel stellt sich die Frage, ob auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses oder auf den Zeitpunkt der (gerichtlichen) Entscheidung abzustellen ist.

Beim Abstellen auf die Rechtslage zum jeweiligen Überprüfungszeitpunkt würde sich der Vertragsinhalt etwaigen Veränderungen der Rechtslage automatisch anpassen und sich damit ohne Zutun der Parteien laufend ändern können. Legt man

1) Mit Rücksicht auf § 5 AGBG dürfte eine solche Feststellung nicht überflüssig sein (vgl. dazu auch oben B IV 9 a).

hingegen den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zugrunde, ist der Inhalt der gesetzesverweisenden Klausel starr. Dies kann bei einer zwischenzeitlichen Verschärfung der Rechtslage dazu führen, daß die Klausel im Zeitpunkt einer gerichtlichen Überprüfung der Inhaltskontrolle nicht mehr standhält und somit ihre salvierende Wirkung teilweise verfehlt. Dies dürfte im Regelfall dem Parteiwillen widersprechen, weil der Wille des Verwenders typischerweise dahingeht, die AGB gegen sämtliche möglicherweise auftretenden Unwirksamkeitsgründe immun zu machen. Es ist deshalb davon auszugehen, daß die gesetzesverweisende Klausel nach der Rechtslage zum Zeitpunkt der jeweiligen gerichtlichen Entscheidung zu beurteilen ist.

Eine solche Vereinbarung steht schließlich nicht im Widerspruch zum Grundsatz der Bestimmtheit vertraglicher Abreden. Zwar ändert sich die Bedeutung der gesetzesverweisenden Klausel mit jeder Änderung einschlägiger Rechtsvorschriften. Deren Bedeutung zu einem bestimmten Zeitpunkt ist jedoch niemals zweifelhaft.

e) Extensive Auslegung bei Reduktionsklauseln

Reduktionsklauseln (Typ 4) passen ihrem Wortlaut nach nur auf solche Vertragsbestimmungen, die quantitativ eingeschränkt werden können, indem lediglich das zu beanstandende Übermaß zurückgenommen wird (z. B. bei Fristen, Verschuldensgraden etc.). Viele Regelungen sind einer schlichten Reduktion jedoch nicht zugänglich. In diesen Fällen muß eine inhaltliche Umgestaltung erfolgen, die nicht ohne weiteres aus der unwirksamen Bestimmung abgeleitet werden kann.

Die denkbaren Alternativen sind naturgemäß wesentlich zahlreicher als diejenigen bei einer bloß quantitativen Reduktion, wo es eigentlich nur eine einzige "richtige" Lösung gibt. Die Parteien müssen in diesen Fällen also eine größere Unsicherheit in Kauf nehmen. Eine verständige Würdigung ergibt jedoch, daß der Verwender eher bereit sein dürfte, diese vorübergehende Unsicherheit in Kauf zu nehmen, als die Geltung der gesetzlichen Regelung. Dies gilt um so mehr, als der Verwender in der Regel selbst berechtigt ist, die Ersatzregelung festzulegen.

Reduktionsklauseln sind somit extensiv auszulegen, d. h. nicht auf diejenigen Vertragsbestimmungen zu beschränken, deren Regelungsgehalt rein quantitativ abgestuft werden kann.

f) Fehlende Benennung des Bestimmungsberechtigten

Bei fehlender Benennung des Bestimmungsberechtigten (Typ 4)¹⁾ könnte das Recht dem Verwender der AGB zustehen. Dieser hat nicht nur die unwirksame Vertragsklausel, sondern auch alle übrigen einschließlich der Ersetzungsklausel formuliert. Er kennt die wirtschaftliche Zweckbestimmung der einzelnen Vertragsbestandteile besser als sein Vertragspartner und ist aufgrund dieses Sachkenntnis natürlich dazu geeignet, Bestimmungen zu entwerfen, die die wirtschaftliche Funktion der unwirksamen Regelung weitgehend erfüllen und sich in das Vertragswerk einfügen.

1) Diese Fälle kommen recht häufig vor. Vgl. nur die Beispiele oben B IV 1

Allein die mutmaßlich bessere Kompetenz kann seine Befugnis jedoch nicht rechtfertigen, sondern nur ein entsprechender rechtsgeschäftlicher Wille der Beteiligten. Dem Vertragspartner des Verwenders wird man aber kaum den Willen unterstellen können, dem anderen Teil das alleinige Bestimmungsrecht einzuräumen. Damit würde er jedenfalls gegen seine eigenen Interessen verstoßen.

Ohne besondere Anhaltspunkte im Vertrag wird man deshalb davon ausgehen müssen, daß das Bestimmungsrecht beiden Parteien gemeinsam zustehen soll.¹⁾

10. Salvatorische Klauseln im kaufmännischen Geschäftsverkehr

Nach § 24 Satz 1 AGBG gelten die verschärften Anforderungen an die Einbeziehung von AGB in den Vertrag (§ 2 AGBG) bei Verwendung von AGB gegenüber einem Kaufmann dann nicht, wenn der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Unter den gleichen Voraussetzungen finden auch die §§ 10 und 11 AGBG keine Anwendung. Gemäß § 24 Satz 2 ist die Inhaltskontrolle in diesen Fällen allein auf § 9 AGBG zu stützen, wobei auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist.

Aus dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich, daß die Grundsätze der richterlichen Inhaltskontrolle auch im Bereich des kaufmännischen

1) So im Ergebnis auch H. Westermann, S. 143

Geschäftsverkehrs anzuwenden sind.¹⁾ Dabei gilt der Bewertungsmaßstab des § 9 AGBG für Kaufleute in gleicher Weise wie für den privaten Verbraucher; d. h. die Kaufmannseigenschaft ist für die Voraussetzungen des Rechtsschutzes und für die Strenge der Inhaltskontrolle unerheblich. Die typischen Eigenarten des kaufmännischen Geschäftsverkehrs, wie Geschäftserfahrung der Beteiligten, Schnelligkeit der Geschäftsabwicklung, erhöhter Vertrauensschutz, erweiterte Entgeltlichkeit, vermehrte Selbstverantwortung etc. sowie die Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs (§ 346 HGB) sind jedoch im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen und können im Ergebnis zu einer anderen Beurteilung führen.²⁾

Diese Beurteilung ist jedoch abhängig von den Umständen des Einzelfalles, so daß allgemeingültige Aussagen über die Zulässigkeit von AGB-Klauseln im kaufmännischen Geschäftsverkehr trotz der gebotenen generalisierenden Betrachtungs-

-
- 1) Regierungsbegründung BT-Drucks. 7/3919, S. 43 f. So schon zur früheren Rechtslage: BGH NJW 1976, 2349 / Bastian/Böhm BB 1974, 110 ff / Kötz Gutachten, S. A 66 f / Pinger MDR 1974, 708 / Stötter BB 1974, 434 / Weber DB 1974, 1804.
A. A. Lindacher BB 1972, 297 ff.
Eith (NJW 1974, 17 FN 12) hat darauf hingewiesen, daß die meisten Rechtsgrundsätze im Bereich der AGB von den Obergerichten sogar gerade in Streitfällen zwischen Kaufleuten entwickelt worden sind. So auch Wolf/Horn/Lindacher § 24, Rdn. 4 / MK (Kötz) § 24, Rdn. 1
- 2) BGH WM 1976, 960 / Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdn. 88 f / Palandt (Heinrichs) § 9, Rdn. 5 / Schmidt-Salzer NJW 1977, 136 f / Pauly BB 1976, 536 / Koch/Stübing § 9, Rdn. 10 / Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9, Rdn. 18 f

weise nur schwer zu treffen sind. Die Stellung des Vertragspartners als Wiederverkäufer oder Verarbeiter,¹⁾ branchenspezifische Besonderheiten etc. können geeignet sein, ein jeweils anderes Ergebnis zu rechtfertigen.²⁾ Bei den hier zu erörternden salvatorischen Klauseln reduziert sich diese Einzelfallabhängigkeit jedoch weitgehend; denn sie betreffen lediglich die mehr rechtstechnische Frage nach der Methode der Ausgestaltung bzw. Ersetzung von Vertragsbestimmungen unabhängig von deren sachlichem Gehalt und wirtschaftlichem Bezug, so daß wenigstens die groben Linien aufgezeigt werden können:

Probleme der Einbeziehung in den Vertrag dürften sich im kaufmännischen Geschäftsverkehr kaum ergeben, weil § 2 AGBG nicht anwendbar ist und im Hinblick auf § 3 AGBG ein überraschender Charakter nur unter gesteigerten Voraussetzungen angenommen werden kann. Die objektiv hohe Verwendungshäufigkeit salvatorischer Klauseln im kaufmännischen Geschäftsverkehr und die geschäftliche Erfahrung der Beteiligten lassen einen überraschenden Charakter nur noch in Ausnahmefällen zu.

Auch die aufgezeigten³⁾ materiell-rechtlichen Bedenken gegen salvatorische Klauseln bestehen im kaufmännischen Geschäftsverkehr grundsätz-

1) Koch/Stübing § 9, Rdn. 10

2) Diese Schwierigkeiten bzw. der Wunsch nach größtmöglicher Flexibilität in diesem Bereich haben den Gesetzgeber veranlaßt, die §§ 10 und 11 AGBG bei der Verwendung von AGB gegenüber Kaufleuten für nicht anwendbar zu erklären (vgl. Regierungsbegründung BT-Drucks. 7/3919, S. 43).

3) Siehe oben B IV 6

lich nicht; denn das Handelsrecht verlangt nach Selbstbehauptung der einzelnen Vertragspartner und dient nicht vorrangig dem Schutz des wirtschaftlich oder intellektuell Unterlegenen.¹⁾ Die Zulassung salvatorischer Klauseln dient der zügigen Abwicklung von Vertragsstörungen, macht diese in ihren Auswirkungen kalkulierbar und dient damit den Interessen des Handelsverkehrs und letztlich auch den Interessen des Verbrauchers. Was den Interessen des Handelsverkehrs dient, ist aber für den kaufmännischen Geschäftspartner zumutbar und stellt keine unangemessene Benachteiligung dar. Der Vertragszweck wird hierdurch nicht gefährdet, sondern zusätzlich gesichert.²⁾

Die Argumente für eine weitgehende Einschränkung der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten im kaufmännischen Geschäftsverkehr überzeugen demgegenüber nicht. Zwar wird der Letztverkäufer durch die unterschiedliche Ausgestaltung des allgemeinen Vertragsrechts und des Handelsrechts "in die Zange genommen",³⁾ indem er seinen Kunden gegenüber mit anderen Bedingungen operieren

1) Baumbach/Duden HGB Einf. 3. Buch, Anm. 2 B / Alisch JZ 1982, 709

2) Alisch JZ 1982, 709. Für eine weitgehende Angleichung der Inhaltskontrolle im kaufmännischen und nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr Koch/Stübing § 9, Rdn. 10 / Schlosser/Coester-Waltjen/Graba § 9, Rdn. 20. Im übrigen sind die Stellungnahmen in der Literatur zurückhaltend und kaum aussagekräftig: Bunte HB D I 1, 1.2 / Dittmann/Stahl Rdn. 271 / Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 24, Rdn. 12 ff / Ulmer/Brandner/Hensen § 24, Rdn. 19 ff

3) MK (Kötz) § 24, Rdn. 6

muß, als ihm seinerseits von seinen Lieferanten gestellt werden.¹⁾ Diese Doppelspurigkeit ist jedoch in der Rechtsordnung angelegt und als gesetzgeberische Entscheidung hinzunehmen. Der Letztverkäufer hat nämlich keinen Anspruch auf einen "seitengleichen Regreß"²⁾ gegenüber seinen Kunden. Soweit salvatorische Klauseln den Verwender zu dem Versuch ermuntern könnten, dem anderen Teil überzogene Vertragsbedingungen in der Hoffnung aufzuoktroieren, dieser werde die Nichtigkeit nicht bemerken oder jedenfalls das Klagerisiko scheuen, ist darauf hinzuweisen, daß Kaufleute im allgemeinen eine erheblich geringere Scheu haben, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.³⁾

Sollte eine salvatorische Klausel im Einzelfall zu Bedenken Anlaß geben, ist zu beachten, daß diese Benachteiligung möglicherweise im Zusammenhang mit einer Vielzahl von Geschäften zwischen den Vertragsparteien zu sehen ist und durch Vorteile anderer Art ausgeglichen werden kann, die dem privaten Verbraucher bei einmaligem Vertragsschluß über eine einmalige Leistung nicht zuteil werden können.⁴⁾ Auf diese Weise kann eine Kom-

1) Hierzu ausführlich Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 24, Rdn. 18

2) Löwe/v. Westphalen/Trinkner § 24, Rdn. 18

3) Eith NJW 1974, 17

4) Regierungsbegründung BT-Drucks. 7/3919, S. 43 / Ulmer/Brandner/Hensen § 24, Rdn. 19 / Wolf/Horn/Lindacher § 24, Rdn. 4

pensationswirkung eintreten, die eine an sich unwirksame salvatorische Klausel im Einzelfall doch rechtswirksam werden läßt.

Als Ergebnis kann damit festgestellt werden, daß sowohl Ersetzungsklauseln als auch gesetzesverweisende Klauseln im kaufmännischen Geschäftsverkehr grundsätzlich zulässig sind. Dies gilt allerdings nur unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben. Vor einer mißbräuchlichen Verwendung von salvatorischen Klauseln in AGB sind selbstverständlich auch Kaufleute zu schützen.¹⁾

11. Prozessuale Probleme

a) Klageart

Wenn beide Vertragsparteien an der Festlegung der Ersatzbestimmung mitwirken müssen, stellt sich die Frage, mit welcher prozessualen Rechtsschutzform insoweit eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden kann.

- Naheliegend ist zunächst die Möglichkeit der Erhebung einer Leistungsklage, womit der Kläger die Abgabe einer Willenserklärung oder die Vornahme der sonst notwendigen Mitwirkungshandlungen verlangen kann.

Wenn die Ersatzregelung einen unmittelbaren Einfluß auf die vertraglichen Leistungspflichten hat, kann die Leistungsklage aus prozeßökonomischen Gründen auch sogleich auf die vertragliche Leistung gerichtet sein, die nach

1) Schmidt § 1 III 4

Ausfüllung der jeweiligen Vertragslücke geschuldet wird.¹⁾ In diesem Fall ist aber die beschränkte Rechtskraft eines solchen Leistungsurteils zu beachten; denn der allein in Rechtskraft erwachsende Entscheidungstenor enthält lediglich die Verurteilung zur Leistung, nicht aber eine Aussage über die Ersetzung der unwirksamen Vertragsbestimmung. Bei Verträgen, in denen die zu ersetzende Bestimmung mehrere Anwendungsfälle hat und damit immer wieder zum Streitgegenstand werden kann (z. B. bei langfristigen Verträgen), empfiehlt es sich deshalb, den Klageantrag so zu formulieren, daß die Ausfüllung der Vertragslücke an der Rechtskraft teilhat.

- Diese Leistungsklagen schließen nach allgemeinen Grundsätzen eine Klage aus, die darauf gerichtet ist, die Verpflichtung des Beklagten zur Festlegung der Ersatzbestimmung bzw. zu einer anderen Mitwirkungshandlung festzustellen.²⁾ In solchen Fällen fehlt es am Feststellungsinteresse, weil der Kläger sein Rechtsschutzbegehren umfassender und wirksamer durch eine Leistungsklage verfolgen kann.

Eine Feststellungsklage ist aber dann zulässig, wenn sie auf die Feststellung des Inhalts der salvatorischen Klausel gerichtet ist.³⁾ Für eine

1) Vgl. Bilda Rdn. 53, 130, 188 / H. Westermann, S. 148 / RGZ 64, 116

2) H. Westermann, S. 148

3) H. Westermann, S. 149. Obwohl es sich insoweit häufig um eine rechtsgestaltende Tätigkeit handelt, wird von der h. M. eine Feststellungsklage für zulässig gehalten (dazu Schlosser "Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile", S. 132 ff m. w. N.).

solche Klage kann das Feststellungsinteresse gegeben sein, weil sie eine Rechtskraftwirkung für jene Fälle schafft, in denen Streit um die Auslegung der salvatorischen Klausel besteht. Wegen dieser weitergehenden Rechtskraftwirkung kann der Kläger hier nicht auf die Leistungsklage verwiesen werden.

b) Bestimmtheit des Klageantrags

Die Frage nach den Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags stellt sich unabhängig vom Klagetyp, da § 253 II Ziff. 2 ZPO für jede Klage zu beachten ist. Der präziseste Antrag ginge dahin, dem Gericht eine konkrete Ersatzklausel zu unterbreiten. Der Kläger trüge dann allerdings ein ganz erhebliches Prognose-risiko, weil in der Regel mehrere Ersatzbestimmungen zur Lückenausfüllung in Betracht kommen.

H. Westermann¹⁾ will ihm dieses Risiko aufbürden. Die Kombination von Hilfsantrag, Mitwirkungspflicht des anderen Vertragsteils und der Frage- und Aufklärungspflicht des Gerichts nach § 139 ZPO müßten es dem Kläger ermöglichen, einen bestimmten Antrag zu stellen. Einen Antrag auf "angemessene Lückenausfüllung" etc. will Westermann deshalb nicht zulassen, weil das Gericht damit bei verwickelten Vertragsverhältnissen häufig überfordert sei und auch die Grenzen richterlicher Gestaltung privatrechtlicher Verhältnisse überschritten würden.

1) S. 150

Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Eine Überforderung der Gerichte ist nicht ersichtlich, zumal das BGB viele vergleichbare Fälle enthält, in denen ein Klageantrag nicht präzisiert zu werden braucht (§§ 343, 847, 2048 und 2156 BGB). Ebenso wie in diesen gesetzlich geregelten Fällen besteht bei salvatorischen Klauseln für den Kläger ein anerkennenswertes Bedürfnis, den Klageantrag nicht weiter präzisieren zu müssen. Schließlich läßt sich die richterliche Gestaltungsbefugnis daraus herleiten, daß der Verwender durch die vage Fassung der salvatorischen Klausel das Problem der Konkretisierungsbedürftigkeit verursacht hat. Es wäre nicht sachgerecht, dieses Problem auf den Kläger abzuwälzen. Diesem muß es daher erlaubt sein, den Antrag in unmittelbarer Anknüpfung an die salvatorische Klausel zu formulieren.

C) Zusammenfassung der Ergebnisse

Salvatorische Klauseln erwachsen aus dem Bemühen des Verwenders, das Risiko der Nichtigkeit oder Nichteinbeziehung von vertraglichen Regelungen zu verringern bzw. zu beseitigen, indem sie die Vorschrift des § 139 BGB abbedingen (Teilnichtigkeitsklauseln), von § 6 II AGBG abweichende Möglichkeiten der Lückenausfüllung erschließen (Ersetzungsklauseln) oder durch die Art der Formulierung bewirken, daß ein Gesetzesverstoß schon begrifflich ausgeschlossen ist (gesetzesverweisende Klauseln). Andere Möglichkeiten zur Eindämmung dieser Risiken sind dem Verwender unzumutbar (zurückhaltende Vertragsgestaltung), unpraktikabel (geteilte Klauseln), rechtlich unzulässig (geltungserhaltende Reduktion), tatbestandlich nicht bzw. nur eingeschränkt anwendbar (Umdeutung bzw. restriktive an § 242 BGB orientierte Auslegung) oder mit großen Unsicherheitsfaktoren belastet (ergänzende Vertragsauslegung im Rahmen der Lückenausfüllung).

Teilnichtigkeitsklauseln haben in AGB nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich und sind weitgehend unproblematisch.

Anders aber Ersetzungs- und gesetzesverweisende Klauseln, die gerade im Bereich von AGB eine besondere Bedeutung gewonnen haben:

- Bei gesetzesverweisenden Klauseln scheitert bereits die vertragliche Einbeziehung im nicht-kaufmännischen Geschäftsverkehr im Regelfall am Verständlichkeitsgebot des § 2 I Ziff. 2 AGBG. Dies gilt unabhängig davon, ob die Rechtslage, auf die verwiesen wird, objektiv klar oder un-

klar ist. Darüber hinaus enthalten sie eine den Geboten von Treu und Glauben widersprechende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners i. S. d. § 9 I AGBG. Sie sind sowohl unter dem Gesichtspunkt mangelnder Bestimmtheit als auch wegen der ihnen eigenen pauschalen Meistbegünstigungswirkung zu beanstanden.

- Bei Ersetzungsklauseln ergeben sich hinsichtlich der Einbeziehung in den Vertrag keine Probleme.

§ 6 II AGBG steht der Wirksamkeit von Ersetzungsklauseln nicht entgegen, weil die Vorschrift dispositiv ist. Sie enthält auch keinen wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung i. S. d. § 9 II Ziff. 1 AGBG.

Schließlich kann auch eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders im Regelfall nicht festgestellt werden. Die durch eine Ersetzungsklausel ermöglichte doppelte Inanspruchnahme der einseitigen Vertragsgestaltungsbefugnis ist rechtlich nicht zu beanstanden. Eine zu weitreichende Überantwortung in den Einflußbereich des Verwenders ist nur dann gegeben, wenn die Bestimmung der Ersatzregelung im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr durch einen Dritten vorgenommen werden soll. Auch eine individualvertraglich vereinbarte Ersetzungsklausel ist in dieser Gestaltung unwirksam, es sei denn, sie bezieht sich lediglich auf eine bestimmte Vertragsbestimmung.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGBGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AGBE	Entscheidungssammlung zum AGBG
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des BAG
BAnz	Bundesanzeiger
BayOBLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BKA	Bundeskartellamt
BMJ	Bundesminister der Justiz
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BWNotZ	Baden-Württembergische Notar- zeitschrift
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
Dig.	Digesten
DJT	Deutscher Juristentag

DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
Drucks.	Drucksache
Einl.	Einleitung
f, ff	folgend(e)
FN	Fußnote
FS	Festschrift
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
HB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LB	Lehrbuch
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MittBayNot	Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayerns
MK	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nrn.	Nummern
n. v.	nicht veröffentlicht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht

OLGZ	Entscheidungen der Oberlandes- gerichte in Zivilsachen
Prot.	Protokolle
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommmentar zum BGB
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rdn.	Randnummer
S.	Seite
StudK	Studienkommentar zum BGB
v.	vor / von / vom
vgl.	vergleiche
VOB/B	Verdingungsordnung für Bau- leistungen/Teil B
Vorb.	Vorbemerkung
WM	Wertpapierermittlungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Han- dels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
zust.	zustimmend

Literaturverzeichnis

- ALISCH, Herbert: "Zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung im rein kaufmännischen Geschäftsverkehr", JZ 1982, 706 ff
- BARTL, Harald: "Das neue Fernunterrichtsschutzgesetz", NJW 1976, 1993 ff
- BASTIAN/BÖHM: "Schutz der Kaufleute vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen", BB 1974, 110 ff
- BAUMANN, Hans: "Salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", NJW 1978, 1953 ff
- BAUMBACH/DUDEN: "Handelsgesetzbuch", 25. Auflage, München 1983
- BECHTOLD, Rainer: "Ende der Tagespreisklausel-Diskussion?", BB 1983, 1636 ff
- BILDA, Klaus: "Besondere Arten von Anpassungsklauseln in Verträgen", DB 1969, 427 ff
- "Anpassungsklauseln in Verträgen", 2. Auflage, Berlin 1973
- BLOMEYER, Arwed: "Studien zur Bedingungslehre", Berlin 1939
- BÖTTICHER, Eduard: "Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht", Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V., Heft 17, Berlin 1964

BRAMBRING/SCHIPPEL: "Vertragsmuster des Notars und
Allgemeine Geschäftsbedingungen",
NJW 1979, 1802 ff

BROX, Hans: "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches", 7. Auflage, Köln 1982

BRÜGGEMANN, Dieter: "Causa und Synallagma im Recht
des Vorvertrages", JR 1968, 201 ff

BRUNN, Johann Heinrich von: "Die formularmäßigen
Vertragsbedingungen der deutschen Wirt-
schaft", 2. Auflage, Köln 1956

-- "Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen", AcP 167, 70 ff

BULLA, Werner: "Gerichtliche Nachprüfbarkeit von
Schiedsgutachten", NJW 1978, 397 ff

BUNTE, Hermann-Josef: "Zur Kontrolle Allgemeiner
Geschäftsbedingungen und Konditionen-
empfehlungen", BB 1980, 325 ff

-- "Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz - Eine
Zwischenbilanz nach 4 Jahren -",
AcP 181, 31 ff

-- "Mandatsbedingungen der Rechtsanwälte und
das AGB-Gesetz", NJW 1981, 2657 ff

-- "Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen", München 1982

-- "Entscheidungssammlung zum AGBG",
Heidelberg, Bd. I 1982 / Bd. II 1983

-- "Zu den Rechtsfolgen unwirksamer Tages-
preisklauseln in Kfz-Kaufverträgen",
ZIP 1983, 765 ff

BYDLINSKI, Franz: "Zur Einordnung der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht",
FS Kastner, Wien 1972, S. 45 ff

CANARIS, Claus Wilhelm: "Verlängerter Eigentumsvor-
behalt und Forderungseinzug durch Banken",
NJW 1981, 247 ff

CREIFELDS, Carl: "Rechtswörterbuch", 7. Auflage,
München 1983

DAMM, Reinhard: "Verbraucherrechtliche Sondergesetz-
gebung und Privatrechtssystem",
JZ 1978, 173 ff

DANZ, Erich: "Die Auslegung der Rechtsgeschäfte",
3. Auflage, Jena 1911

DIEDERICHSEN, Uwe: "Die Aufstellung Allgemeiner Ge-
schäftsbedingungen und ihre Aufrechter-
haltung bei Nichtigkeit einzelner Klauseln",
ZHR 132, 232 ff

DIETLEIN/REBMANN: "AGB-aktuell", Köln 1976

DIRICHS, Jochen: "Zur Haftungsbeschränkung bei
Bankauskünften", WM 1978, 626 ff

DITTMANN/STAHL: "Allgemeine Geschäftsbedingungen",
Wiesbaden 1977

DUDEN/KÜLZ/RAMM/SCHARNBERG/ZEIDLER (Hrsg.): "Ge-
rechtigkeit in der Industriegesellschaft",
Karlsruhe 1972

- DÜRKES, Werner: "Wertsicherungsklauseln", 9. Auflage, Heidelberg 1982
- EBEL, Hermann: "AGB-Gesetz-konforme Auslegung bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen?", DB 1979, 1973 ff
- EHRlich, Joseph: "Zwingendes und nichtzwingendes Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich", Jena 1899
- EITH, Wolfgang: "Zum Schutzbedürfnis gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen", NJW 1974, 16 ff
- ENNECCERUS/LEHMANN: "Recht der Schuldverhältnisse", 15. Auflage, Tübingen 1958
- ENNECCERUS/NIPPERDEY: "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts", 15. Auflage, Tübingen 1960
- ERMAN: "Bürgerliches Gesetzbuch", 7. Auflage, Münster 1981
- FALKENHAUSEN, Kurt H. Freiherr von: "Zur Auslegung des AGB-Gesetzes", BB 1977, 1124 ff
- FISCHER, Robert: "Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen", BB 1957, 481 ff
- FLUME, Werner: "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts", Bd. II "Das Rechtsgeschäft", 3. Auflage, Berlin 1979
- GAMM, Otto-Friedrich Freiherr von: "Die Gesetzesumgehung", WRP 1961, 259 f

GARRN, Heino: "Zur richterlichen Inhaltskontrolle
notarieller Verträge", NJW 1980, 2782

-- "Zur Zulässigkeit salvatorischer Klauseln
bei der Vereinbarung Allgemeiner Ge-
schäftsbedingungen", JA 1981, 151 ff

GELHAAR, Wolfgang: "Die gerichtliche Nachprüfung
von Schiedsgutachten", DB 1968, 743 ff

GERAUER, Alfred: Anmerkung zum Urteil des OLG
München vom 22. 5. 1981 - 8 U 3046/79 -,
BB 1981, 1852 ff

GÖTZ, Heinrich: "Rechtsfolgen des teilweisen Ver-
stoßes einer Klausel gegen das AGB-Ge-
setz", NJW 1978, 2223 ff

GRUNSKY, Wolfgang: "Allgemeine Geschäftsbedingungen
und Wettbewerbswirtschaft", BB 1971, 1113 ff

HABSCHEID, Walther J.: "Behörden als Schiedsgut-
achter", MDR 1954, 392 ff

-- "Das Schiedsgutachten", FS H. Lehmann II,
Berlin 1956, S. 789 ff

HAGER, Johannes: "Gesetzes- und sittenkonforme
Auslegung und Aufrechterhaltung von
Rechtsgeschäften", München 1983

HARDIECK, Thomas: "Die gerichtliche Entscheidungs-
praxis im Verfahren nach § 13 AGBG",
BB 1979, 708 ff

HEIERMANN, Wolfgang: "Auswirkungen des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf das Bauvertragswesen", DB 1977, 1933 ff

HELM, Johann Georg: "Grundlagen einer normativen Theorie Allgemeiner Geschäftsbedingungen", FS Schnorr von Carolsfeld, Köln 1972, S. 125 ff

-- "Zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung gegenüber Kaufleuten", BB 1977, 1109 ff

HENLE, Rudolf: "Unterstellung und Versicherung", Mannheim 1922

HENRICH, Dieter: "Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag", Berlin 1965

HENSEN, Horst-Diether: "Das AGB-Gesetz", JA 1981, 133 f

HUBER, Ulrich: "Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung", JurA 1970, 784 ff

JAEGER, Wolfgang: "'Stellen' und 'Aushandeln' vorformulierter Vertragsbedingungen", NJW 1979, 1569 ff

JAUERNIG/SCHLECHTRIEM/STÜRNER/TEICHMANN/VOLLKOMMER: "Bürgerliches Gesetzbuch", 3. Auflage, München 1983

JOHANNSSON, Jürgen: "Die Teilunwirksamkeit oder 'geltungserhaltende Reduktion' von Allgemeinen Geschäftsbedingungen", DB 1981, 732 ff

KEGEL, Gerhard: "Gesetzesumgehung im Internationalen Privatrecht", Vortrag, gehalten vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 13. 11. 1957, ÖJZ 1958, 15 f

KILLIAN, Wolfgang: "Zur Auslegung zivilrechtlicher Verträge" in H. J. Koch (Hrsg.), "Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie", Kronberg 1976, S. 271 ff

KLAMROTH, Sabine: "Inhaltskontrolle von Finanzierungs-Leasing-Verträgen über bewegliche Gegenstände nach dem Leitbild des Leasing-Vertrages", BB 1982, 1949 ff

KLIEGE, Helmut: "Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse", Göttingen 1966

KNÜTEL, Rolf: "Zur duplex interpretatio von Allgemeinen Geschäftsbedingungen", JR 1981, 221 ff

KOCH/STÜBING: "Allgemeine Geschäftsbedingungen", Neuwied 1977

KÖBLER, Gerhard: "Juristisches Wörterbuch", 3. Auflage, München 1983

KÖST, Ewald: "Juristisches Wörterbuch", Bremen 1961

KÖTZ, Hein: "Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?", Gutachten zum 50. DJT 1974, Bd. I, S. 1 - A 100

-- "Die Rückwirkung von Unterlassungsurteilen
gemäß §§ 13 ff AGB-Gesetz", BB 1982, 644 ff

-- "Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln",
NJW 1979, 785 ff

KOHLER, Rudi: "Teilunwirksamkeitsklauseln",
DNotZ 1961, 195 ff

KORNBLUM, Udo: "Die Rechtsnatur der Bestimmung der
Leistung in den §§ 315 - 319 BGB",
AcP 168, 450 ff

KRAMER, Ernst A.: "Nichtausgehandelter Individual-
vertrag, notariell beurkundeter Vertrag
und AGBG", ZHR 146, 105 ff

KRAMPE, Christoph: Anmerkung zum Urteil des OLG
Stuttgart vom 21.11.1974 - 13 U 120/74 -,
JZ 1975, 574 ff

-- "Die Konversion des Rechtsgeschäfts",
Frankfurt 1980

KRONKE, Herbert: "Zur Funktion und Dogmatik der
Leistungsbestimmung nach § 315 BGB"
AcP 183, 113 ff

KÜMPEL, Siegfried: "Die AGB und ihre Bedeutung für
die Kreditsicherheiten - unter Berück-
sichtigung des AGB-Gesetzes -",
WM 1978, 970 ff

LAMBSDORFF, Hans Georg Graf: "Auslegung und Bestimm-
barkeit von Lieferantenvorausabtretungen",
ZIP 1981, 243 ff

LARENZ, Karl: "Allgemeiner Teil des Deutschen Bür-
gerlichen Rechts", 6. Auflage,
München 1983

- "Lehrbuch des Schuldrechts", Bd. I,
13. Auflage, München 1982

LIEB, Manfred: "Sonderprivatrecht für Ungleiche-
wichtslagen? Überlegungen zum Anwendungs-
bereich der sogenannten Inhaltskontrolle
privatrechtlicher Verträge",
AcP 178, 196 ff

LINDACHER, Walter F.: "Richterliche Inhaltskontrolle
Allgemeiner Geschäftsbedingungen und
Schutzbedürftigkeit des Kunden",
BB 1972, 296 ff

- "Grundsätzliches zu § 138 BGB",
AcP 173, 124 ff

- "Kenntnisnahmemöglichkeit und Kenntnisnah-
meobliegenheit bei Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen", JZ 1981, 131 ff

- "Reduktion oder Kassation übermäßiger
AGB-Klauseln?", BB 1983, 154 ff

LOCHER, Horst: "Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen", München 1980

- "Zur Anfechtung wegen Irrtums über Einbe-
ziehungsvoraussetzungen und über den Inhalt
einzelner Klauseln in AGB", BB 1981, 818 ff

LÖWE, Walter: "Das Gesetz zur Regelung des Rechts
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
(AGB-Gesetz)", JuS 1977, 421 ff

- Erwiderung auf eine Anmerkung von Rudolf
zum Urteil des BGH vom 11. 6. 1979
- VIII ZR 224/78 -, BB 1979, 1318 f
 - "Folgerungen aus der Verwerfung der Tages-
preisklausel in den Neuwagen-Verkaufsbe-
dingungen durch den Bundesgerichtshof",
BB 1982, 152 ff
 - "Zur Unwirksamkeit der Tagespreisklausel
beim Neuwagenverkauf", DAR 1982, 34 ff
 - Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf
vom 16. 9. 1983 - 25 U 110/83 -,
BB 1983, 2014 f
- LÖWE/Graf v. WESTPHALEN/TRINKNER: "Kommentar zum Ge-
setz zur Regelung des Rechts der Allge-
meinen Geschäftsbedingungen", Heidelberg
1977, Bd. II, 2. Auflage 1983
- LOEWENHEIM, Ulrich: "Irrtumsanfechtung bei Allgemeinen
Geschäftsbedingungen", AcP 180, 433 ff
- LUKES, Rudolf: "§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die
Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäfts-
bedingungen", NJW 1963, 1897 ff
- MAYER-MALY, Theo: "Über die Teilnichtigkeit",
GS Franz Schnitzler, Aachen 1969, S. 265 ff
- MEDICUS, Dieter: "Allgemeiner Teil des BGB",
Heidelberg 1982

MEYER-CORDING, Ullrich: "'Vernünftige Auslegung"
von AGB?", NJW 1981, 2338 f

MICKLITZ, Hans-W.: Anmerkung zum Urteil des OLG
Karlsruhe vom 17. 1. 1980 - 12 U 111/79 -,
NJW 1981, 407 f

MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian: "Das Gesetz zur Re-
gelung des Rechts der Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen", JZ 1977, 245 ff

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH,
München Bd. I 1978 / Bd. II 1979

NAENDRUP, Peter-Hubert: "Die Teilnichtigkeit im Recht
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen",
Bielefeld 1966

NETTESHEIM, Wolfgang: "Wirksamkeit und Umfang des
Ausschlusses der Gewährleistung in nota-
riellen Verträgen zwischen Bauträger und
Käufer", BB 1979, 1220 ff

NEUMANN-DUESBERG, Horst: "Gerichtliche Ermessens-
entscheidungen nach §§ 315 ff BGB",
JZ 1952, 705 ff

NIEBLING, Jürgen: "Bedenken an dem Urteil des BGH
zum Abtretungs- und Veräußerungsverbot
beim Neuwagenkauf", Anmerkung zum Urteil
des BGH vom 24. 9. 1980 - VIII ZR 273/79 -,
DAR 1981, 37 f

NIEDER, Heinrich: "Eine salvatorische Klausel zum
AGB-Gesetz", BWNotZ 1977, 112 f

- OERTMANN, Paul: "Recht der Schuldverhältnisse",
5. Auflage, Berlin 1929
- PALANDT: "Bürgerliches Gesetzbuch", 43. Auflage,
München 1984
- PIERER von ESCH, Heinrich: Teilnichtige Rechtsge-
schäfte", Köln 1968
- PINGER, Winfried: "Die rechtspolitische Diskussion
über eine Kontrolle der Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen", MDR 1974, 705 ff
- POSENER, Paul: "Rechtslexikon", Berlin 1909
- RAISER, Ludwig: "Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen", Bad Homburg 1935 (unver-
änderter Nachdruck 1961)
- REHBEIN, Dieter: "Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen
der Banken nach dem AGB-Gesetz",
DB 1977, 1349 ff
- REHBINDER, Manfred: "Das Kaufrecht in den Allgemeinen
Geschäftsbedingungen der Deutschen Wirt-
schaft", 2. Auflage, Berlin 1979
- REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR: "Das Bürgerliche Ge-
setzbuch", Bd. II, 12. Auflage, Berlin 1976
- REIFFERSCHIED/BÖCKEL/BENSELER (Hrsg.): "Lexikon des
Rechts", Neuwied, Berlin 1968
- ROSCHER, Falk: "Vertragsfreiheit als Verfassungs-
problem", Berlin 1974

ROSENBERG/SCHWAB: "Zivilprozeßrecht",
13. Auflage, München 1981

RUPP, Hans Heinrich: "Verfassungsrechtliche und
rechtspolitische Überlegungen zur Proble-
matik Allgemeiner Geschäftsbedingungen",
FS Bärman, München 1975, 787 ff

SALJE, Peter: "Zur Unwirksamkeit von Tagespreisklau-
seln in Automobil-Kaufverträgen und den
sich daraus ergebenden Rechtsfolgen",
DAR 1982, 88 ff

SAMBUC, Thomas: "Unklarheitenregel und enge Ausle-
gung von AGB", NJW 1981, 313 ff

SCHAPP, Jan: "Die Leitbildfunktion des dispositiven
Rechts für die Inhaltskontrolle von All-
gemeinen Geschäftsbedingungen nach
§ 9 II AGB-Gesetz", DB 1978, 621 ff

SCHIPPEL/BRAMBRING: "AGB-Gesetz und notariell beur-
kundete Formularverträge", DNotZ 1977,
131 ff

SCHLOSSER, Peter: "Gestaltungsklagen und Gestal-
tungsurteile", Bielefeld 1966

-- "Haftungsgrund, Haftungsmaßstab und AGB-
Gesetz", WM 1978, 562 ff

SCHLOSSER/COESTER-WALTJEN/GRABA: "AGBG",
Bielefeld 1977

SCHMIDT, Eike: "Teil- oder Totalnichtigkeit angreif-
barer AGB-Klauseln?", JA 1980, 401 ff

SCHMIDT, Karsten: "Handelsrecht", 2. unveränderte Auflage, Köln 1982

SCHMIDT-RIMPLER, Walter: "Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts", AcP 147, 130 ff

SCHMIDT-SALZER, Joachim: "Allgemeine Geschäftsbedingungen", 2. Auflage, München 1977

-- "Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", NJW 1977, 129 ff

SILLER, Robert: "Die Konversion (§ 140 BGB)", AcP 138, 144 ff

SOERGEL: "Bürgerliches Gesetzbuch", Bd. I, 11. Auflage, Stuttgart 1978

SONNENSCHNAIN, Jürgen: "Inhaltskontrolle von Formularmietverträgen nach dem AGB-Gesetz", NJW 1980, 1713 ff

STAUDINGER: "Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch", Bd. II, 12. Auflage, Berlin 1983

STEIN, Axel: "Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", Stuttgart 1977

STEIN, Günther: "Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts", Bonn 1982

STEINDORFF, Ernst: "Politik des Gesetzes als Auslegungsmäßigkeitsmaßstab im Wirtschaftsrecht", FS Larenz, München 1973, S. 217 ff

STIER-SOMLO/ELSTER: "Handwörterbuch der Rechtswissenschaft", Berlin 1928

STÖTTER, Victor: "Richterliche Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen", BB 1974, 434 f

STROBEL, Peter: Anmerkung zum Urteil des LG Konstanz vom 19. 12. 1980 - 3 O 170/80 -, BB 1981, 1423 ff

"STUDIENKOMMENTAR ZUM BGB",
2. Auflage, Frankfurt 1979

STÜRNER, Rudolf: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. 4. 1979 - VII ZR 308/77 -, JZ 1979, 758

STÜTZLE, Rudolf: Anmerkung zum Urteil des LG Mönchengladbach vom 13. 11. 1980 - 1 O 596/79 -, WM 1981, 289 f

TEICHMANN, Arndt: "Die Gesetzesumgehung",
Göttingen 1962

THOMAS, Wolfgang: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. 4. 1979 - VII ZR 308/77, DNotZ 1979, 746 ff

THÜMMEL/OLDENBURG: "Fällt die AGB-Klausel 'Soweit gesetzlich zulässig' unter die Unklarheitenregel des AGBG?", BB 1979, 1067 ff

TRINKNER, Reinhold: "Vorschlag einer Generalklausel zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Inhaltskontrolle)", BB 1973, 1501 f

-- "Vorrang der Individualabrede bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen", FS Ernst J. Cohn, Heidelberg 1975, S. 191 ff

-- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18. 5. 1983 - VIII ZR 20/82 -, BB 1983, 924 f

-- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19. 9. 1983 - VIII ZR 84/82 -, BB 1983, 1874 ff

ULMER, Peter: "Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?" (Referat), Verhandlungen des 50. DJT 1974, Bd. II, Sitzungsberichte, S. H 8 ff

-- "Notarielle Vertragsmuster und AGB-Inhaltskontrolle", DNotZ 1981, 84 ff

-- "Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln?", NJW 1981, 2025 ff

-- "Der Kaufpreis für Neuwagen bei Unwirksamkeit der Tagespreisklausel", BB 1982, 1125 ff

-- "Auf dem Wege zur Inhaltskontrolle notarieller Einzelverträge?", DNotZ 1982, 587 ff

ULMER/BRANDNER/HENSEN: "AGB-Gesetz", 4. Auflage, Köln 1982

WACKE, Andreas: "Ambiguitas contra stipulatorem",
JA 1981, 666 f

WASSERMANN (Hrsg.): "Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch", Bd. II, Neuwied 1980

WEBER, Wilhelm: "Zur gesetzlichen Regelung der All-
gemeinen Geschäftsbedingungen", DB 1974,
1801 ff

WEIK, Günter: "Die Idee des Leitbildes und die
Typisierung im gegenwärtigen Vertrags-
recht", NJW 1978, 11 ff

WESTERMANN, Harm-Peter: "Sonderprivatrechtliche
Sozialmodelle und das allgemeine Privat-
recht", AcP 178, 150 ff

WESTERMANN, Harry: "Zur Problematik der "salvato-
rischen" Klausel", FS Philipp Möhring,
München 1975, S. 135 ff

WESTPHALEN, Friedrich Graf von: "Eigentumsvorbehalt
unter dem Blickwinkel des AGB-Gesetzes
(II)", DB 1977, 1685 ff

-- "Kollision zwischen verlängertem Eigentums-
vorbehalt und Bankenglobalzession -
Lösungsversuch aufgrund des AGB-Gesetzes",
DB 1978, 68 ff

-- "Die AGB der Privatbanken im Licht der
jüngsten Judikatur und Literatur",
WM 1980, 1406 ff

-- "Schattenseiten des Verbraucherschutzes",
DB 1981, 61 ff

WIEDEMANN, Herbert: "Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge", FS Kummer, Bern 1980, S. 175 ff

WILLENBRUCH, K.: "Fällt die AGB-Klausel "Soweit gesetzlich zulässig" unter die Unklarheitenregelung des AGBG?", BB 1981, 1976 ff

WITTE, Peter Josef: "Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", Münster 1983

WOLF, Manfred: "Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen", JZ 1974, 465 ff

-- "Individualvereinbarungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", NJW 1977, 1937 ff

-- "Inhaltskontrolle von Sicherungsgeschäften", FS Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 147 ff

WOLF/HORN/LINDACHER: "AGB-Gesetz", München 1984

ZIMMERMANN, Reinhard: "Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit", Berlin 1979

Lebenslauf

Ich wurde am 20.04.1957 als erster Sohn des kaufmännischen Angestellten Heinz Kasselman und seiner Frau Maria Kasselman, geborene Plogmann, in Hagen a.T.W. als deutscher Staatsangehöriger geboren.

Nach der Abiturprüfung, die ich am 25.05.1976 am Gymnasium i. E. Oesede ablegte, habe ich mich zum Wintersemester 1976/77 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität in Göttingen immatrikuliert. Zum zweiten Fachsemester habe ich mich an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen-Wilhelms-Universität immatrikuliert und habe dort bis zu meinem insgesamt neunten Fachsemester studiert.

Nach Abschluß des Universitätsstudiums habe ich am 13.06.1981 die erste juristische Staatsprüfung beim Justizprüfungsamt in Hamm und am 02.03.1984 die zweite juristische Staatsprüfung beim Justizprüfungsamt in Hannover abgelegt.

